

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

FELIPE CANAN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DE SEUS FILHOS:
PONTOS CONTROVERTIDOS IMPOSTOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E
ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS**

Florianópolis
2016

FELIPE CANAN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DE SEUS FILHOS:
PONTOS CONTROVERTIDOS IMPOSTOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E
ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis

2016

AGRADECIMENTOS

Todos possuem razões ou pessoas a quem agradecer pelo auxílio no desenvolvimento do trabalho de conclusão de curso. Confesso que essa parte me parece tediosa. Contudo, tal constatação entrega o fato de que sempre leio as dedicatórias alheias, o que talvez me torne igualmente tedioso. Bom, de qualquer maneira, a intenção é prestar homenagens às pessoas que possibilitaram o desenvolvimento deste trabalho que, embora fruto de muito esforço e simbólico de um árduo caminho, não pode ser comparado aos sacrifícios feitos por elas.

Assim, a primeira e mais honrosa menção não poderia ser para outrem se não a meus pais, Severino e Elaine. Embora se deparem – pacientemente – com minha segunda passagem pelos bancos de uma universidade, jamais retiraram suas mais profundas esperanças em minha pessoa. Devo dizer que meu objetivo de vida é significar para outra pessoa o que vocês significam para mim.

A segunda citação deve ir a meu irmão, Giovani. Por mais diferentes que possamos ser, saiba que teu talentoso caminho é fonte de inspiração e coragem do qual muito retiro minha força para seguir dia após dia.

A terceira e especial convocação é devida à minha parceira para todos os bens e males, Jéssica. Nunca ninguém passou tanto tempo comigo a ponto de me conhecer tão bem e mesmo assim permaneceu ao meu redor voluntariamente. Acompanhaste com vigor e paciência os meus solitários amores e ódios pelo Direito, apoiando-me mesmo quando a tua vontade era outra.

A quarta e consideradíssima menção vai a meu orientador, Dr. Rafael Peteffi da Silva, cujas preciosas lições inspiraram meu interesse pelo direito civil. Se todas as universidades brasileiras pudessem contar com mestres assim, as discussões jurídicas do país estariam em grau esmagadoramente superior.

A quinta e última consideração é coletiva e embarca todos os meus supervisores de estágios, colegas e companheiros, servindo para destacar o relevante papel que todos tiveram em minha formação seja auxiliando com as dificuldades, seja inspirando com exemplos de postura ou mesmo entretendo com as brincadeiras cotidianas.

“I’d take the awe of understanding over the awe of ignorance any day”

Douglas Adams

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da responsabilidade civil dos pais por atos de seus filhos, espécie do gênero responsabilidade por fatos de terceiro. Para tanto, será adotado o procedimento monográfico por meio do método dedutivo, utilizando-se principalmente a bibliografia e a jurisprudência como técnicas. A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores está presente no ordenamento brasileiro desde o Código Civil de 1916, constituindo verdadeira exceção ao modelo clássico de responsabilidade civil no qual há a responsabilização direta do causador do dano. Com o advento do Código Civil de 2002, advieram importantes mudanças legislativas e teóricas para o instituto, modificações estas ainda não bem delimitadas pela literatura atual no que concerne os entendimentos jurisprudenciais. Desse modo, após o estudo comparado da doutrina desde a égide do Código antigo, fez-se um apanhado de julgados aptos a delimitar a evolução do instituto na ordem jurídica brasileira, tendo como principal intuito traçar o atual estado da jurisprudência brasileira sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Verificou-se que doutrina e jurisprudência são harmônicas quanto à prevalência da solidariedade entre pais e menores púberes no Código Civil de 1916, a subsidiariedade da responsabilidade do incapaz no Código Civil de 2002 e quanto à necessidade de se analisar a subsistência de poder diretivo no tratamento da emancipação e da guarda. Por fim, observou-se que há uma proteção cada vez mais intensa à vítima, tanto legal quanto jurisprudencial.

Palavras-chave: Responsabilidade civil dos pais; filhos menores; incapaz.

ABSTRACT

This study proposes to analyze the current jurisprudential understandings about the responsibility of parents for the acts of their children, which is a species of the genus responsibility for the acts of others. For this, it will be adopted the monographic procedure through the deductive method, using primarily the literature and jurisprudence as techniques. The civil responsibility of parents for the acts of their minor children are present in the Brazilian legal system since the Civil Code of 1916, constituting true exception to the classical model of responsibility in which there is a direct accountability of the tortfeasor. With the advent of the Civil Code of 2002, the subject had important legislative and theoretical changes to the institute and these changes are not yet well defined by the current literature regarding the jurisprudence. Thus, after the comparative studying of the doctrine since the aegis of the old code , there was a round-up of court decisions able to define the evolution of the institute in the Brazilian legal system, with the main aim to outline the current state of the Brazilian jurisprudence especially in the Superior Justice Tribunal. It was found that the doctrine and jurisprudence are harmonious in the prevalence of solidarity between parents and minor pubescent in the Civil Code of 1916, the subsidiarity of the minor responsibility in the Civil Code of 2002 and the need to analyze the livelihoods of governing power in the treatment of emancipation and guard. It was detected an even more intense protection to the victim with the Civil Code of 2002, both legal and jurisprudential.

Key words: Civil Responsibility of parents; minor children; legally unable.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/1916 - Lei nº 3.071/1916, Código Civil de 1916;

CC/2002 - Lei nº 10.406/2002, Código Civil de 2002;

CF/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

STF – Supremo Tribunal Federal;

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais;

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina;

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo.

SUMÁRIO

1 AS CODIFICAÇÕES CIVIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE TERCEIRO.....	14
1.1 Aspectos gerais do Código Civil de 1916 e a formação do Código Civil de 2002	14
1.2 Os paradigmas do Código Civil de 2002.....	17
1.3 A necessidade da responsabilidade civil por fato de terceiro	22
1.3.1 Hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro	27
2 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATOS ILÍCITOS DOS FILHOS MENORES	30
2.1 Especificidades do Código Civil de 1916	30
2.1.1 A culpa no Código Civil de 1916	32
2.1.1.1 Análise de culpa do menor para responsabilizar o representante	34
2.1.1.2 A análise de culpa para responsabilizar o menor púbere por seus atos	39
2.1.1.3 A culpa dos pais, tutores ou curadores: culpa presumida ou culpa provada	42
2.1.2 Poder e companhia.....	45
2.1.2.1 Emancipação.....	47
2.1.2.2 A guarda	51
2.2 O Código Civil de 2002.....	55
2.2.1 Aspectos gerais.....	55
2.2.2 A responsabilidade civil por fato de outrem na vigência do Código Civil de 2002	56
2.2.3 A teoria das incapacidades	57
2.2.4 A objetivação da responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores	58
2.2.5 A responsabilização civil do incapaz.....	60
2.2.5.1 Pressupostos para responsabilização civil do incapaz.....	61
2.2.5.2 A existência de culpa e a relevância de sua análise.....	62
2.2.5.3 A impossibilidade de reparação do dano pelos representantes legais	64

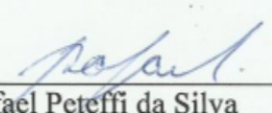
2.2.5.3.1 Quando os representantes não possuem a obrigação de reparar o dano	65
2.2.5.3.2 Quando os representantes não possuem os meios suficientes para reparar o dano	66
2.2.6 A equidade como parâmetro	69
2.2.7 Outras hipóteses de responsabilidade civil direta do incapaz.....	70
2.2.8 Suposta antinomia entre os arts. 928 e 942, do CC/2002	71
2.2.9 Ação de regresso entre corresponsáveis	73
2.3 Breve comparativo entre os Códigos Civis de 1916 e de 2002	74
3 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DOS FILHOS MENORES E SEUS DESDOBRAMENTOS	75
3.1. A mudança do paradigma da responsabilidade e a solidariedade.....	75
3.1.1 A responsabilização solidária entre filhos menores e pais	76
3.1.1.1 No Código Civil de 1916.....	76
3.1.1.2 No Código Civil de 2002.....	80
3.1.2 Responsabilidade dos pais por atos dos filhos maiores economicamente dependentes	86
3.2. O tratamento jurisprudencial da emancipação nos Códigos de 1916 e 2002.....	90
3.3 O tratamento jurisprudencial da guarda nos Códigos Civis de 1916 e de 2002	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

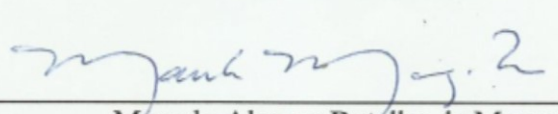
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos: pontos controvertidos impostos pelo Código Civil de 2002 e entendimentos jurisprudenciais”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “Felipe Canan”, defendido em 28/06/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

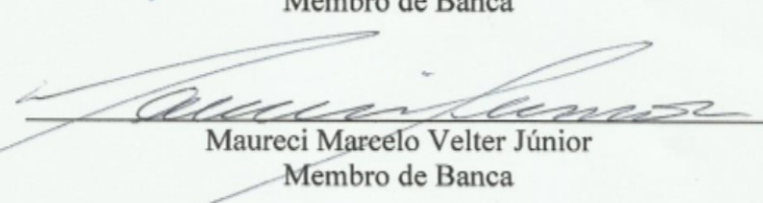
Florianópolis, 28 de junho de 2016



Rafael Peteffi da Silva
Professor Orientador



Marcelo Alencar Botelho de Mesquita
Membro de Banca



Maureci Marcelo Velter Júnior
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Felipe Canan

RG: 6081521376

CPF: 011.797.110-33

Matrícula: 12100108

Título do TCC: Responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos: pontos controvertidos impostos pelo Código Civil de 2002 e entendimentos jurisprudenciais

Orientador(a): Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Eu, Felipe Canan, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 28 de junho de 2016.

Felipe Canan

INTRODUÇÃO

A intuição de que a responsabilidade civil é a área de maior diversidade prática do direito brasileiro não é, de modo algum, absurda. Isso se dá pelo fato de que o ordenamento jurídico brasileiro disciplina a matéria por meio de cláusulas gerais, o que permite uma imensa flexibilização na utilização dos institutos restituitórios.

Surgindo como importante e evoluído mecanismo de resposta aos conflitos cotidianos, a responsabilidade civil tem como objetivo a reparação dos danos eventualmente ocasionados por um indivíduo em face de outro. Como pressupostos de existência, a responsabilidade civil tem três elementos básicos: o nexo de causalidade, o ato antijurídico e o dano.

Se por um lado a responsabilidade civil é tradicionalmente atribuída ao causador do dano, por outro, o instituto se desdobrou a ponto de também poder ser configurado em hipóteses em que um indivíduo é responsabilizado por danos gerados por ações que não as suas. São os danos causados por fato alheio, de terceiro ou de outrem, para os quais a responsabilidade é estipulada a pessoa diferente ao causador do dano.

Embora pareça curiosa à primeira vista, a responsabilidade civil por fato de terceiro não é recente no ordenamento brasileiro que já as incorpora em seu sistema desde o Código Civil de 1916 – ainda que de maneira diversa à atual. Nesse tocante, diferindo da opção legislativa em adotar cláusulas gerais, a responsabilidade por fato alheio é, e sempre foi, prevista em hipóteses legais taxativas, dado que, fugindo à regra dos fundamentos da teoria geral, o instituto precisa ser interpretado e utilizado restritivamente.

Com variações que vão da irresponsabilidade à responsabilidade absoluta dos incapazes por seus atos, a responsabilidade por fato de terceiro está presente em legislações de países como a França, a Itália, a Espanha, Portugal e mesmo em outros países latino-americanos como a Venezuela, o México e o Uruguai (LIMA, 1973, p. 220-226; SIMÃO, 2008, p. 124).

Assim, a importância do tema é elementar, pois envolve não somente a abertura e a facilitação à vítima na busca pelo ressarcimento de danos sofridos em virtude de atos alheios como também confere maior compromisso àqueles que possuem o dever de vigilância e de educação para com outros indivíduos, situação que ocorre, por exemplo, na relação entre pais e filhos e empregadores e empregados.

Ato contínuo, a situação que mais desperta o interesse do presente trabalho é a responsabilização dos pais pelos atos de seus filhos menores estampada no art. 1.521, inc. I, do Código Civil de 1916 e no art. 932, inc. I, do Código Civil de 2002.

No ponto, embora existam trabalhos sobre a matéria, não se observam estudos comparativos que tragam a análise jurisprudencial como enfoque da pesquisa. Portanto, o presente trabalho tem como objetivo reunir os entendimentos doutrinários atuais e antigos – ressaltando as alterações advindas com o Código Civil de 2002 – mas, principalmente, os reflexos de tais modificações na jurisprudência.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dedutivo com a utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, partindo-se dos conceitos doutrinários com o intuito de avaliar sua aplicação prática nos Tribunais. Dar-se-á ênfase aos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), mas também serão estudados acórdãos dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Rio Grande do Sul (TJRS), Santa Catarina (TJSC) e de São Paulo (TJSP), tribunais nos quais se encontra a maior parte das decisões relativas ao tema.

No primeiro capítulo, buscar-se-á introduzir alguns dos conceitos mais importantes para a responsabilidade civil e aspectos gerais de ambos os Códigos Civis, bem como fundamentar o instituto da responsabilidade civil por fato de terceiro de um modo geral.

O segundo capítulo tratará especificamente da responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores, sendo composto por análises sob a égide de ambos os Códigos Civis.

Por último, o terceiro capítulo trará o estudo dos entendimentos jurisprudenciais tendo o objetivo de esmiuçar a evolução dos institutos da matéria e discutir os pontos controvertidos do tema, tais quais a mudança de fundamento da responsabilidade dos genitores, a solidariedade ou subsidiariedade da responsabilidade entre pais e filhos, a possibilidade de estender a responsabilidade dos pais perante os filhos maiores, os efeitos da emancipação dos filhos e a situação da modificação de guarda e seus reflexos.

1 AS CODIFICAÇÕES CIVIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE TERCEIRO

1.1 Aspectos gerais do Código Civil de 1916 e a formação do Código Civil de 2002

De início, é imprescindível que se conheçam os pilares dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, bem como os princípios e os termos gerais que guiam tais legislações, aspectos estes que são essenciais para que se proceda à uma hermenêutica coerente com o sistema propugnado pelo legislador.

Embora incipientemente presente no Código Criminal de 1830, a responsabilidade civil brasileira em um primeiro momento vinculava-se à efetiva condenação criminal. À época, as bases do instituto civil envolviam justiça e equidade com a reparação natural do dano e, somente se impossível esta, a indenização, sendo o dever reparatório transmissível e integral, na medida do possível (GONÇALVES, 2009, p. 9).

É relevante mencionar que o próprio instituto da responsabilidade civil moderna somente surgiu no final do século XVIII e foi positivado inicialmente no Código Francês subsequentemente às revoluções do país (VENOSA, 2012, p. 2).

Mais tarde, insculpida em cláusula geral no art. 159¹, a responsabilidade civil do Código Civil de 1916 (CC/1916) consagrou a teoria subjetiva como regra, deixando hipóteses em que se presumia a culpa do agente danoso para casos especiais, como é a situação da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos prevista no art. 1.521 (GONÇALVES, 2009, p. 9; VENOSA, 2012, p. 2).

Conforme a lição de Martins-Costa e Branco (2002, p. 88-89), o CC/1916 possuía um rigor técnico unanimemente reconhecido pela doutrina brasileira e, ao mesmo passo, tinha um “espírito individualista, liberal em matéria econômica [e] conservador ao extremo nas relações familiares”.

Não obstante, o CC/1916 sofreu severas críticas desde meados da década de 1960, como lecionam Martins-Costa e Branco no seguinte trecho:

¹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.
A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553 (BRASIL, 2016b).

Foi ao aproximar-se o cinquentenário do Código de Beviláqua que começaram a ser ouvidas, no Brasil, as vozes defensoras de sua revisão. De um lado, os reclamos eram tributários de um movimento que então apenas se esboçava na Europa, a saber o movimento da descodificação civil, sintetizado, uma década mais tarde, no paradigmático texto de Natalino Irti, *L'età dela decodificazione*. De outro lado, não mais era compatível com o *ethos* da sociedade brasileira o individualismo dominante no Código de Beviláqua: 'individualismo possessivo' revelador da 'lógica proprietária' em matéria de direitos patrimoniais, ao qual corresponde a mais absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 88-89).

Assim, desde meados da década de 1960, iniciaram-se os movimentos para revisão e reforma do Código, com a formação de diferentes Comissões para elaborar a nova Lei. A presidência da Comissão elaboradora foi inicialmente designada para Orlando Gomes, mas a reunião de estudiosos só traria frutos anos mais tarde, no momento em que Miguel Reale assumiu o comando e coordenação dos trabalhos (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 90-91).

Antes de analisar as diretrizes fundamentais do Código Civil de 2002 (CC/2002), é importante fazer um breve recorte para melhor estudar o contexto no qual se inseriu a nova Lei. Desse modo, sem o intuito de esgotar a discussão, importa atentar a alguns pontos da teoria do direito civil de maneira crítica, problematizando o modo pelo qual a matéria se insere no ordenamento jurídico.

Nesse interstício temporal (da década de 1960 até a vigência do CC/2002), em especial após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988), ganhou força no Brasil a doutrina do direito civil constitucional, que considerava sobretudo as incompatibilidades outrora existentes entre o CC/1916, de cunho liberal, e a CF/1988, norma mais preocupada em fixar compromissos sociais e coletivos (LEAL, 2015, p. 124-127).

Do ponto de vista normativo, Leal (2015, p. 128-130) define o direito civil constitucional como uma proposta teórica que analisa o direito civil por meio de um necessário "filtro" constitucional sustentado, no caso brasileiro, por cinco pilares: i) a supremacia e normatividade da Constituição centralizada em direitos fundamentais; ii) a eficácia irradiante e horizontal de tais direitos; iii) os princípios entendidos como espécie de norma jurídica e a necessidade de incluí-los em quaisquer interpretações normativas; iv) a elevação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e necessário em todas

as considerações hermenêuticas e; v) a Constituição como elemento central, unificador do sistema, aberto e plural.

Embora bastante corriqueiro na doutrina hodierna², é importante notar que esse modo de ver o direito civil muitas vezes se torna problemático. Para Leal (2015, p. 137-140), ao se colocar a Constituição como o centro do ordenamento cria-se imensa dificuldade no processo decisório, pois o magistrado deverá necessariamente ponderar, em cada caso concreto, a constitucionalidade de todas as normas (regras e princípios) envolvidas, solucionando eventuais divergências e sopesando todos os valores relevantes à situação. Isso traz consequências tais quais a elevação do custo e tempo judicial, o afastamento da subsunção como técnica decisória, a elevação demasiada da importância da figura do juiz e o descontrole da subjetividade judicial.

A principal e mais contundente consequência trazida pela crítica é a desconsideração da importância do legislador, visto que o juiz terá sempre em seu poder a possibilidade de afastar a norma ao considerá-la inadequada ou inconstitucional ao caso concreto, podendo, para tanto, invocar princípios fundamentadores de suas decisões tais quais a dignidade da pessoa humana³ (LEAL, 2015, p. 148-154).

De todo o modo, é importante ter em mente que a doutrina civil constitucionalista possui bastante destaque no pensamento civilista, conforme a lição de Leal:

[...] Em meio a tantos processos recentes de constitucionalização de diversas áreas do direito, a simbiose entre direito civil e direito constitucional parece ser o produto mais consolidado da afirmação da supremacia e da normatividade constitucionais, a ponto de se poder afirmar que, hoje em dia, diversas teses defendidas por autores do movimento civil constitucional soam como triviais.

O reconhecimento do papel de destaque conquistado pela doutrina civil constitucional não a blindará, porém, de possíveis objeções. Embora, como dito, alguns de seus aspectos sejam atualmente considerados tão triviais que não faz sentido questioná-los (como a necessidade de se considerar os comandos constitucionais para o desenvolvimento de qualquer trabalho dogmático sobre institutos regulados no Código Civil e na Constituição), outras teses do movimento civil constitucional não são tão óbvias. E porque

² A crítica apresentada aqui tem o intuito de afastar a tese de outros doutrinadores, tais como Farias e Rosendal (2012, p. 43) que, baseados na CF/1988, arguem um total rompimento da antiga separação entre o direito público e o privado e uma modificação das categorias jurídicas privadas de um modo geral.

³ Nesse sentido, Leal (2015, p. 143-144) sustenta que é deveras problemática a afirmação civil constitucionalista da centralização de todo o fundamento do sistema jurídico no princípio da dignidade da pessoa humana, pois isso acaba por trivializar ou banalizar tal preceito por meio da “conjugação e uso retórico com aplicação inflacionada e desparametrizada” da dignidade. O resultado é a utilização do princípio como mero adorno ou para preencher lacunas quando há carência de fundamentação; torna-se “uma expressão sem valor” (LEAL, 2015, p. 144).

não são óbvias, estão mais facilmente sujeitas a críticas (LEAL, 2015, p. 125).

Tendo em mente as críticas esboçadas acima⁴, adentra-se à análise dos aspectos fundamentais do Código Civil de 2002.

1.2 Os paradigmas do Código Civil de 2002

Como visto anteriormente, até mesmo pelo longo tempo de maturação e pelas mudanças nas comissões de elaboração, o CC/2002 trouxe importantes modificações em seu conteúdo e em suas formas. Aprofundando-se um pouco mais no tema, é necessário perceber que, se por um lado a intenção dos legisladores era manter o máximo possível da estrutura do Código anterior, isto é, preservar o sistema como um todo, por outro, eram necessárias modificações substanciais em alguns pontos cruciais da lei (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 44-45).

A redação, a estrutura e as diretrizes do CC/2002 foram fortemente influenciadas pela visão culturalista de um dos seus principais mentores⁵. De fato, dentre as mais fundamentais modificações, pode-se citar a linguagem projetada ao futuro e mais aberta em relação ao CC/1916 por meio de edição de mais cláusulas gerais⁶ e conceitos jurídicos indeterminados - permitindo a interferência mais ativa da doutrina e da jurisprudência⁷ - e a preocupação com a socialidade dos preceitos do Código em detrimento ao individualismo, o que se traduz na “prevalência dos valores coletivos sobre os individuais” (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 49-54).

⁴ É importante notar que a crítica construída por Leal (2015) vai muito além das breves menções feitas no presente trabalho, vez que em seu estudo denominado “Seis objeções ao direito civil constitucional” o autor também leciona a fragilidade dos métodos decisórios e rebate detidamente as afirmações dos principais autores do movimento.

⁵ Sem o intuito de esgotar o tema, é importante dizer que o culturalismo tem como principal consequência a “busca constante da relação entre o que é a realidade e o pensamento a respeito da própria realidade”, sendo tal realidade “reconhecida como o resultado da ação do sujeito sobre o mundo, que ao mesmo tempo é atributiva de significado e que é determinada pela natureza” (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 38).

Assim, o “culturalismo é a corrente de pensamento que reconhece a importância da cultura como paradigma, passando a examinar, sob a sua luz, antinomias tradicionais” (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 171).

⁶ Para Martins-Costa e Branco, cláusulas gerais são utilizadas “mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’”. Os mesmos autores ainda esclarecem que as cláusulas gerais propriamente ditas são aquelas em que, pela vagueza em que são enunciadas, permitem a “incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado” o que possibilita a “constante formulação de novas normas”. (2002, p.118-119).

⁷ A parte negativa é que as cláusulas gerais podem gerar incerteza no que tange os seus limites, daí que o Código balanceou as cláusulas gerais com as determinações específicas (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p.120).

Outrossim, para Martins-Costa e Branco:

Os fundamentos culturais do novo Código Civil estão em todas as suas partes, pois cada uma das ideias e das normas que o integram carregam a marca do culturalismo, na versão que Miguel Reale e a ‘escola’ por ele concebida atribuíram ao Projeto. Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Erbert Chamoun, Torquato Castro e Clóvis do Couto e Silva foram sensíveis às concepções culturalistas do coordenador da comissão, pois retrataram em cada artigo uma visão integrante do direito, com vinculação histórica, eticidade, socialidade e operabilidade (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 77).

No tocante às premissas fundamentais do CC/2002, Martins-Costa e Branco destacam quatro diretrizes principais:

Consoante adverte Miguel Reale, a afirmação corrente de que uma lei não deve ser interpretada segundo a sua letra mas consoante o seu espírito leva a considerar o conjunto de diretrizes que norteou a obra codificadora constituindo o seu travamento lógico e técnico, bem como a base de sua fundamentação ética’. Arrola, assim, quatro diretrizes, a saber: a sistematicidade, a operabilidade, a eticidade e a da socialidade (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 130-131).

A sistematicidade⁸ e a operacionalidade estão relacionadas aos dois pressupostos metodológicos adotados pelo CC/2002: a) a abertura ou chamada à responsabilidade da jurisprudência por meio da fixação de cláusulas gerais, e; b) a programação de tarefas ao legislador, que deverá editar leis aditivas, porém conexas ao CC/2002, com o intuito de regular matérias específicas de maior grau de mutabilidade. Ambas as características tornam o CC/2002 um sistema aberto, com um eixo central permeável às construções jurisprudenciais e às complementações legislativas (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 117).

Mais especificamente quanto à diretriz da operabilidade, a dimensão mais marcante é a da concretude ou concretitude. Para Martins-Costa e Branco, emprestando as lições de Miguel Reale:

A concretitude, ou concreção jurídica, significa ‘a correspondência adequada dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar’. Em outras palavras constitui ‘a obrigação que tem o legislador de não legislar em

⁸ Além do citado, a própria estruturação e organização do Código em Partes Geral e Especial, bem como a divisão das matérias de maneira coordenada podem ser consideradas parte da sistematicidade e operabilidade do CC/2002 (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 95-97).

abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado'. É dimensão da operabilidade porque, viabilizando a 'ética da situação' pela concreção dos modelos abertos, logra-se a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem alterar a sua letra, evitando, assim, os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos Códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do 'direito vivente' (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 122).

O princípio da eticidade é observado sobretudo pela reiterada menção à boa-fé objetiva em diversos dispositivos legais, com três básicas funções: a) norma de interpretação dos negócios jurídicos, inclusive para o magistrado (art. 113); b) norma que serve como limite interno do direito subjetivo (ato contrário à boa-fé é considerado abusivo e ilícito) (art. 187), e; c) de ser uma "norma de conduta para os contratantes no processo obrigacional" (art. 422) (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 61-64).

De fato, como ensinam Martins-Costa e Branco:

Os dispositivos que tratam da boa-fé objetiva revelam uma nova dimensão do direito em relação ao Código de 1916, cujos ideais liberais ditavam o padrão moral da coletividade por meio da força e plenitude do legislador. Ao juiz somente cabia realizar os valores presentes na lei, enquanto as disposições relativas à boa-fé objetiva, em especial o art. 422, que determina que 'os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé', consistem em instrumentos de penetração de valores que tendem a preservar e a valorizar as regras éticas básicas do relacionamento contratual (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 63)

A diretriz da eticidade se caracteriza como a valorização dos preceitos éticos nas relações entre os sujeitos. Para Martins-Costa e Branco:

[...] Por isso, afirma Reale, o novo Código, diferentemente do Código de 1916, 'muito avaro ao referir-se à equidade, à boa-fé, à probidade' é, 'ao contrário, pródigo em inserir, nos mais diversos aspectos das relações civis, a exigência da eticidade nas condutas, como um verdadeiro dever jurídico positivo'.

Em vários artigos pode-se observar, como uma das mais salientes características do novo Texto Civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da *proteção da confiança* que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como *mandamento de equidade*, seja, ainda, como *dever de proporcionalidade* (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 133).

Por derradeiro, a diretriz da socialidade⁹ caracteriza-se pela presença em três disciplinas específicas: da propriedade (limites positivos e negativos de acordo com as finalidades econômicas e sociais), dos contratos (exercício da liberdade contratual de acordo com a função social) e da posse. De acordo com Martins-Costa e Branco:

O quadro que hoje se apresenta ao Direito Civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificatória oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda nos lega. Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da *solidariedade social*, posta como um dos ‘objetivos fundamentais da República’ (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 144).

A função social da propriedade, em especial, é de difícil conceituação em breves linhas. Nesse sentido, é importante ter a noção explanada por Martins-Costa e Branco, na qual:

Como consequência, ‘o uso do direito é correto se, para além de respeitar as proibições e os limites expressamente predispostos pelo legislador, se substancia em um comportamento conforme à função social, que pode consistir seja em omissões seja em adimplemento de deveres positivos, atuativos dos interesses individuais e gerais’ [*Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 449].

Isso está a indicar que a função social tem funções negativas e positivas, não constituindo apenas imposição de limites, mas, por igual, conduzindo ao nascimento de deveres jurídicos positivos. [...] No Estado Social contemporâneo, todavia, que procura ‘a harmonia entre, num lado, ideias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e a distribuição de riquezas, a função social predeterminada à propriedade privada não concerne exclusivamente à questão dos seus limites, assumindo, ao contrário, ‘um papel de tipo promocional, no sentido que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação devem ser ‘atuadas’ para garantir e para promover os valores nos quais se funda o ordenamento’ (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 151-152).

Concernente à responsabilidade civil, o CC/2002 manteve as cláusulas gerais estampadas agora nos arts. 186 e 927, permanecendo a regra da teoria subjetiva. O legislador

⁹ Para Martins-Costa e Branco (2002, p. 143-144), a classificação entre eticidade e socialidade pode ficar confusa em alguns pontos como nos “direitos reais, [nas] vedações aos atos emulativos, desviados de sua função, [e] no direito de propriedade”, pois há uma necessária harmonia entre os deveres gerais de correção da boa-fé e o princípio da função social.

pátrio, além de relegar espaços específicos à aplicação da teoria objetiva, como por exemplo, nos arts. 933, 936 e 1.299, também deu especial atenção à fundamentação desta pela fixação do parágrafo único do art. 927¹⁰, verdadeira cláusula geral de aplicabilidade da responsabilidade sem culpa (GONÇALVES, 2009, p. 11-12).

Nesse sentido também Martins-Costa e Branco, para quem:

No seu parágrafo único, o Código institui espécie de *cláusula geral de responsabilidade objetiva* ao determinar o nascimento do dever de indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também ‘quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’. No substrato dessa norma está a noção de *estrutura social*, tão cara a Miguel Reale, entendendo-se por esta ‘um todo de valorações, determinado pela polarização de uma valoração-matriz’, incompreensível ‘em termos de mera causalidade, ou de puras relações formais’ (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 128).

O destaque à teoria objetiva se deu pela mudança do conceito de culpa ao longo do século XX. Como explica Venosa:

Como já comentamos, o fundamento original da responsabilidade era exclusivamente subjetivo, fundado sobre o conceito da culpa. Essa posição foi adotada pela quase unanimidade dos códigos do passado. No entanto, a noção clássica de culpa foi sofrendo, no curso da História, constantes temperamentos em sua aplicação. Nesse sentido, as primeiras atenuações em relação ao sentido clássico de culpa traduziram-se nas ‘presunções de culpa’ e em mitigações no rigor da apreciação da culpa em si. [...] (VENOSA, 2012, p. 14).

A base da responsabilidade objetiva se funda no desenvolvimento das teorias do risco. Sobre o tema, a lição de Venosa é de que:

Todas as teorias e adjetivações na responsabilidade objetiva decorrem da mesma ideia, como expusemos anteriormente ao presente tópico. Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la. O princípio do risco repousa na necessidade de segurança jurídica. Sob esse prisma, deve existir uma imputação ao agente, quer responda ele por culpa, na

¹⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2016c).

responsabilidade subjetiva, quer responda pelo risco de sua atividade, na responsabilidade objetiva (VENOSA, 2012, p. 16).

Por fim, merece destaque a posituação do princípio da reparação integral estampado no art. 944 que fixa a extensão do dano como parâmetro da indenização. Como se desenvolverá neste trabalho, a responsabilidade civil do incapaz pode gerar a mitigação de tal princípio por meio da aplicação da equidade¹¹.

Assim, tecidos esses breves comentários acerca do panorama geral da legislação, passa-se à análise do instituto da responsabilidade civil por fato de terceiro.

1.3 A necessidade da responsabilidade civil por fato de terceiro

O primeiro ponto a ser discutido envolve a justificação da necessidade de existência da responsabilidade civil por fato de terceiro, pois as características dessa modalidade fogem das cláusulas gerais da matéria. Em suma, é necessário buscar a razão pela qual se justifica a existência da responsabilidade civil por fato de terceiro enquanto exceção ou especialidade da teoria geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico (LIMA, 1973, p. 20-21).

Explanada por Alvino Lima (1973, p. 25), a responsabilidade civil por fato de outrem foi desenvolvida em meio à necessidade gerada pelo avanço da sociedade dos últimos séculos (fala-se dos séculos XIX e XX). Para o mesmo autor, os moldes clássicos da responsabilidade civil não eram mais suficientes para proteger as vítimas de danos ocasionados por atos ilícitos em diversas situações derivadas dos novos modelos industriais, já que o progresso científico diversificou as técnicas produtivas e, ao mesmo tempo em que aumentou, dificultou as relações interpessoais diretas.

Nesse ponto, Alvino Lima explica que:

As causas justificativas desse movimento acelerado e tão pronunciado residem, sobretudo, no desenvolvimento da técnica hodierna, através dos inventos modernos, tais como as estradas de ferro, o automóvel, o avião, as máquinas industriais e tantos outros engenhos humanos, provocando a intensidade da vida e expondo-nos a uma iminência mais acentuada de perigos. Desta forma, centuplicam-se desabridamente as colisões de direitos,

¹¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (BRASIL, 2016c).

desdobram-se os danos, impondo-se a necessidade de maior proteção às vítimas, e, como consequência inelutável, a proclamação da insuficiência do princípio da culpa, como critério exclusivo fixador da responsabilidade, a qual não deve ser vista apenas através da conduta do autor do dano, mas através dos direitos da vítima, assegurando-se-lhe, o mais possível, a reparação do dano [...] (LIMA, 1973, p. 16).

De fato, o aumento vertiginoso das relações interpessoais e dos eventos danosos daí advindos trouxe uma série de consequências as quais o sistema não estava apto a acobertar, gerando grande insegurança social às vítimas de atos ilícitos. Persistindo no raciocínio, ensina Alvino Lima que:

Este acréscimo progressivo de eventos danosos acarretou graves consequências: a insegurança da vítima, em decorrência do anonimato da culpa; as dificuldades, cada vez mais crescentes, na apuração dos vários fatos danosos, ameaçando os direitos das vítimas e impossibilitando-as de serem ressarcidas dos prejuízos sofridos, em virtude da insolvabilidade normal do autor material do ato lesivo.

Dentro do critério do exame do comportamento voluntário de uma pessoa, máxime no burburinho da vida moderna, perquirindo a existência ou não da culpa, não era e não é possível assegurar-se à vítima a justa reparação dos prejuízos sofridos. Ora, o problema da responsabilidade civil parece evoluir no sentido de examinar, preferencialmente, a posição da vítima, assegurando-lhe, o mais possível, a reparação dos prejuízos sofridos.

Se no domínio das atividades pessoais, o critério predominante de fixação da responsabilidade reside na culpa, elemento interno que se aprecia ‘em função da liberdade, da consciência e, às vezes, do mérito do autor do dano’, no caso de responsabilidade indireta, de responsabilidade pelo fato de outrem, predomina o elemento social, o critério objetivo (LIMA, 1973, p. 26).

Como se percebe no supracitado, Alvino Lima confunde a justificativa para erigir uma responsabilidade civil por fato de terceiro com a necessidade do desenvolvimento da teoria objetiva da responsabilidade civil e, por consequência, com os fundamentos da responsabilização. Em suma, os motivos comentados pelo autor são os mesmos que embasaram a adoção da responsabilidade objetiva, na qual se prescinde da análise da culpa do agente para facilitar a reparação à vítima em determinados casos.

Ademais, também sem discutir detidamente o ponto, Caio Mário da Silva Pereira trata a responsabilidade civil por fato de terceiro de maneira um pouco mais cautelosa. O autor defende que a origem da responsabilidade indireta teria raízes na ideia de que, primitivamente, o agrupamento social em si considerado absorveria a individualidade de seus integrantes. Todavia, tal entendimento, plenamente aplicável à teoria objetiva, deveria ser

considerado apenas de modo excepcional quando considerada a responsabilidade por fato de terceiro, não levando aos extremos a aplicação da teoria do risco no instituto¹². Assim, como explica o mesmo autor:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro na doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unusculique sua culpa nocet*.

Para sustentar a responsabilidade por fato de terceiro é preciso abstrair deste conceito. **Sem levar tão longe a consequência e abraçar a teoria do risco, elaborou-se a noção de culpa presumida.** Abandonando os conceitos de *culpa in vigilando* ou *in elegendo*, vai-se então buscar suporte na presunção de culpa. Assim entende De Page, que estende a idéia à presunção de causalidade (*Traité Élémentaire*, vol. II, n°s 968 e 969). Do mesmo modo raciocina Lalou, para o qual, em muitos casos, nem se admite prova em contrário – *praesumptio iuris et de iure* (*Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, n° 970 e segs.)[...]

Considerando que a responsabilidade por fato de outrem repugna ao jurista, Silvio Rodrigues passa a procurar seu fundamento no princípio de garantia, e, em consequência mais se aproxima ela da ideia de *risco* (*Direito Civil*, vol. 4, n° 26) (s/ grifos no original) (PEREIRA, 1995, p. 86).

De maneira diversa, porém com a mesma confusão supracitada, Silvio Rodrigues (1997, p. 60-61) defende que a responsabilidade por fato de terceiro estaria amplamente amparada pela teoria do risco. Tal asserção força o autor a concluir que, na realidade, a responsabilidade civil dos pais e patrões ou era por fato próprio (por culpa própria) ou só poderia ter fundamento no risco. Parece, portanto, que o autor considera a responsabilidade civil por fato de terceiro apenas uma especiação da responsabilidade objetiva, conforme se observa no fragmento a seguir transcrito:

A ideia de uma pessoa ser responsável por fato de outra de um certo modo repugna ao jurista e principalmente o criminalista, pois no campo do direito penal reina sobranceira a regra de que a pena não pode passar da pessoa do delinquente. De modo que a ideia original, que inspirou o preceito dos arts. 1.521 e 1.523 do Código Civil, era de absoluta lógica, pois só admitia a responsabilidade das pessoas mencionadas no primeiro daqueles dispositivos (pai, tutor, curador, patrão etc.), quando ficasse provado que os mesmos haviam concorrido ‘para o dano por culpa ou negligência de sua parte’. **Em rigor a responsabilidade derivava de ato próprio, e não ato de terceiro.** Contudo, à medida que sobrevém o progresso e se multiplicam os casos de acidentes danosos, principalmente em hipóteses em que os maquinismos e os

¹² A principal consequência da adoção da teoria do risco e responsabilidade objetiva é a eliminação das possibilidades de defesa no sentido de provar a “a prudência, solércia e diligência” (RODRIGUES, 1997, p. 61). Também para Alvino Lima (1973, p. 26-27) o critério que embasa a utilização e a interpretação da responsabilidade por fato de outrem não poderia ser outro se não o restritivo, dado que se trata de exceção em relação às cláusulas gerais da responsabilidade civil.

veículos são usados por outros que não os seus proprietários, tais os menores, os motoristas profissionais, os mecânicos, outros tipos de empregados, a tendência a prescindir a prova de culpa se amplia, e o estudioso fica a imaginar em que ideia lógica poderá fundar a responsabilidade do patrão por ato praticado por seu empregado, quando aquele, manifestamente, não concorreu com qualquer culpa para o evento danoso, uma vez que escolheu cuidadosamente o seu servçal e o vigiou com todo o zelo. [...]

A ideia de risco é a que mais se aproxima da realidade. Se o pai põe filhos no mundo, se o patrão se utiliza do empregado, ambos correm o risco de que da atividade daqueles surja dano para terceiro. É razoável que, se tal dano advier, por ele respondam, solidariamente com os seus causadores diretos, aqueles sob cuja dependência se achavam (s/ grifos no original) (RODRIGUES, 1997, p. 60-61).

De qualquer modo, afugentando-se da discussão acerca da fundamentação da responsabilidade civil por fato de terceiro neste momento¹³, percebe-se que, de um modo geral, os autores confundem a justificativa da necessidade de existência da responsabilidade civil por fato de terceiro com os seus fundamentos (culpa ou risco) ou mesmo com a adoção da teoria objetiva. Como se verá oportunamente, a própria responsabilidade civil por fato de terceiro no Brasil nasceu na modalidade subjetiva, o que de pronto já deveria afastar a confusão doutrinária.

Não obstante, é possível dizer que a doutrina carece de explanações específicas quanto à necessidade de existência da responsabilidade por fato de terceiro, embora afirme a importância social do instituto repetidas vezes.

Nessa senda, com o intuito de buscar a justificativa supracitada, faz-se necessário conjugar os ensinamentos esparsos da doutrina com as características da matéria. Assim, em ato contínuo, percebe-se que a responsabilidade civil por fato de outrem possui uma peculiaridade ínsita capaz de a destacar em meio às teorias gerais, isto é, um elemento que a diferencia das demais situações restitutórias. Sobre o tema, Caio Mário ensina que:

[...] Para que justiça se faça, é necessário levar mais longe a indagação, a saber, se é possível desbordar da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra pessoa, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica, e, em consequência, possa ela ser convocada a responder. Aí situa-se a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato das coisas, ou responsabilidade indireta, ou responsabilidade complexa, que Trabucchi explica, quando a lei chama alguém a responder pelas consequências de

¹³ O embate sobre o fundamento (culpa ou risco) da responsabilidade civil por fato de terceiro terá lugar em momento posterior do presente trabalho.

fato alheio, ou fato danoso provocado por terceiro (*Istituzioni di Diritto Civile, n° 90*) (s/ grifos no original) (PEREIRA, 1995, p. 85).

Nesse ínterim, trabalhando a relação existente entre agente danoso e responsável e buscando esgotar as possíveis aplicações do instituto, Eugênio Bonvincini, citado por Alvino Lima (1973, p. 28-29), sugere que são quatro as hipóteses geradoras de responsabilidade indireta: a) quando há responsabilidade solidária por fato de terceiro; b) na situação em que há responsabilidade direta do terceiro, que teria a responsabilidade de evitar acontecimento danoso; c) quando há responsabilidade indireta do terceiro (é o caso dos prepostos ou comitentes); d) de um modo geral, quando a lei determina o responsável por ressarcir o dano ante a atividade desenvolvida, independentemente de culpa.

Com isso em mente e analisando os códigos civis brasileiros¹⁴, pode-se dizer que a lei prevê a responsabilidade por fato de outrem levando em conta a existência de relação jurídica de subordinação, submissão ou de vulnerabilidade entre o responsável e o indivíduo que cometeu o dano. A situação é muito clara na relação familiar (pátrio poder) e na relação de emprego (LIMA, 1973, p. 27-28).

Há casos em que a relação jurídica de subordinação ou submissão entre quem responde e quem cometeu o dano não é tão clara ou nem mesmo existe fora do plano legal, como no caso da responsabilidade civil dos hoteleiros, caracterizando o que Alvino Lima chama de “dilatação da responsabilidade direta” (LIMA, 1973, p. 27-28).

De qualquer sorte, é certo que a responsabilidade civil por fato de terceiro necessariamente depende de alguma relação existente entre aquele que pratica o ato danoso e o terceiro responsável, ainda que tal conexão seja meramente legal (LIMA, 1973, p. 32).

Portanto, é possível concluir que, sendo a relação jurídica específica existente e prevista em lei¹⁵ entre o agente danoso e seu responsável a base da responsabilidade civil por fato de terceiro, também é tal relação que, na ausência de melhor definição doutrinária, justifica a necessidade de existência do instituto. Isto é, por ter a peculiaridade que advém da relação jurídica citada, faz-se necessário distinguir a responsabilidade civil por fato de terceiro da teoria geral, ainda que as causas sociais motivadoras de sua criação sejam partilhadas com as da teoria objetiva, como se viu. Assim, pelas mesmas razões, também não há que se

¹⁴ Em momento posterior serão mais bem analisadas as hipóteses nas quais cabe a responsabilidade por fato de terceiro.

¹⁵ Como se viu, a interpretação da responsabilidade civil por fato de terceiro deve ser restrita, de modo que só deverá ocorrer a aplicação do instituto caso preenchida a hipótese taxativamente prevista em lei.

confundir a fundamentação do instituto com a sua razão de existir, embora a doutrina não se atente detidamente nesse ponto.

Justificadas a necessidade de existência de uma responsabilidade civil excepcional e a fixação de um critério que embasa sua aplicação, impende agora analisar mais detidamente as hipóteses legais fixadas para a caracterização do instituto. Como já se teve a oportunidade de esclarecer na Introdução, o presente trabalho se ocupará da discussão envolvendo a responsabilidade civil dos pais sobre os atos dos filhos menores, uma das fixações legais.

No entanto, embora o trabalho esteja focado na responsabilidade dos pais, é possível dizer que se aplicam *in totum* as observações à responsabilidade civil dos tutores e curadores pelos pupilos e curatelados, visto que os desdobramentos das relações são bastante semelhantes¹⁶ (DIAS, 1995, p. 519).

1.3.1 Hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro

Além da responsabilidade dos pais, tutores e curadores (representantes) pelos atos dos filhos menores, tutelados e curatelados em seu poder (autoridade) e companhia, existem as situações dispostas nos incs. III a V do art. 1.521, do Código Civil de 1916¹⁷, e incs. III a V do art. 932, do Código Civil de 2002¹⁸ (praticamente idênticos em seu sentido, com aprimoramentos linguísticos) (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 213).

¹⁶ De fato, José de Aguiar Dias concorda com a similitude de ambas as responsabilidades, ressaltando apenas que a dos tutores e curadores deve ser analisada com menos rigor visto que estes exercem o seu múnus em vista de imposição legal e não por 'vínculo de sangue' (1995, p. 519).

¹⁷ Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

- I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.
- II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.
- III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522).
- IV. Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores.
- V. os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia (BRASIL, 2016b).

¹⁸ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (BRASIL, 2016c).

As hipóteses representam, respectivamente, a responsabilização: a) do patrão ou comitente por seus empregados ou prepostos no exercício do trabalho, b) dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação por seus hóspedes, moradores ou educadores; c) dos que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime até à corrente quantia.

A responsabilidade do empregador foi alvo de grande celeuma ao longo do século XX. Atualmente, é possível dizer que a discussão não se ocupa mais em fundamentar a culpa presumida *in eligendo* do patrão e a consequente responsabilidade deste pela má escolha de seu preposto, mas sim de responsabilidade objetiva do empregador por ato culposo de seu empregado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 213-215).

No mais, a aplicação do dispositivo se viu esvaziada com o advento da Constituição Federal de 1988, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo próprio Código Civil de 2002, sendo que as leis citadas adotaram a responsabilidade civil objetiva para as atividades de risco (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 215).

Ato contínuo, para Cavalieri Filho (2012, p. 216), o dispositivo supracitado só tem aplicabilidade no que concerne a noção de preposição, em que se estabelece a subordinação de conta e de direção do preposto ao preponente. Ocorre, por exemplo, quando alguém empresta o veículo para terceiro e há acidente de trânsito, hipótese em que os tribunais ampliam a incidência do polo passivo da demanda a fim de acobertar dano injusto sofrido pela vítima.

O inc. IV trata da responsabilidade dos estabelecimentos de ensino, hotéis e similares, englobando os danos causados pelos empregados aos hóspedes e educandos bem como a responsabilidade perante terceiros de atos ilícitos praticados por hóspedes ou educandos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 221-222).

Assinala Cavalieri Filho (2012, p. 223) que a primeira situação acompanhou o destino do inc. III, sendo absorvida pelo Código do Consumidor. Já a segunda situação restringe-se ao momento em que o ato ilícito ocorre dentro do domínio do estabelecimento, como quando alunos danificam estrutura do condomínio em que fica o colégio e a este último é imposto o dever de indenizar o primeiro.

Por fim, o inc. V trata, em realidade, de hipótese de restituição da coisa e não de responsabilidade por fato de terceiro. A respeito do tema, conforme lição de Cavalieri Filho:

[...] O dispositivo em exame, portanto, só se aplica aos que houverem participado gratuitamente no produto do crime. Estes, a rigor, não terão que indenizar; apenas estão obrigados a devolver a quantia ou valor correspondente ao recebido. E assim é porque, independentemente de dolo ou culpa, ninguém pode locupletar-se com o alheio. [...] (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 224).

Passado esse ponto, cabe agora adentrar à análise do objeto central do presente trabalho, isto é, estudar as disposições legais, as considerações doutrinárias e os entendimentos jurisprudenciais do que tange a responsabilização civil dos representantes em relação aos filhos menores sob a vigência dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, bem como seus desdobramentos.

2 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATOS ILÍCITOS DOS FILHOS MENORES

2.1 Especificidades do Código Civil de 1916

O legislador, calcado na teoria subjetiva¹⁹ (tópico que será aprofundado em tópico oportuno), fixou a responsabilidade civil dos pais, tutores e curadores perante os atos dos filhos menores, pupilos e curatelados sob seu poder e em sua companhia no art. 1.521, incs. I e II²⁰. O primeiro ponto a ser estudado diz respeito à caracterização da menoridade dos filhos.

Na vigência do Código Civil de 1916, os menores eram classificados em duas vertentes de acordo com a faixa etária: se menores de 16 (dezesseis) anos, absolutamente incapazes para exercer atos da vida civil; se maiores de 16 (dezesseis), porém menores de 21 (vinte e um) anos, eram considerados relativamente capazes a exercer pessoalmente certos atos da vida civil²¹.

A doutrina costumava separar os menores entre púberes e impúberes: seriam menores púberes os relativamente incapazes, isto é, os maiores de 16 anos e menores de 21, restando aos menores de 16 anos a alcunha de menor impúbere (LIMA, 1973, p. 40).

No assunto, Alvino Lima (1973, p. 40) esclarece que a supracitada classificação dos menores em púberes e impúberes dá azo à outra nomenclatura mais elucidativa, isto é, de acordo com a capacidade de entender e querer dos infantes. Para tanto, o mesmo autor

¹⁹ Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte (BRASIL, 2016b).

²⁰ Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte (BRASIL, 2016b).

²¹ Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os loucos de todo o gênero.

III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156).

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País (BRASIL, 2016b).

colocava de um lado os menores impúberes (menores de 16 anos), considerando-os naturalmente incapazes de entender e de querer, e de outro lado os menores púberes (maiores de 18 anos), capazes de entender e de querer.

Aos primeiros, porque lhes falta discernimento por motivos de incapacidade natural (idade), não seria possível aferir culpa em seus atos. Aos segundos, no entanto, porque possuem consciência dos atos que praticam, poderia ser avaliada a sua culpa no caso concreto, bem como poderiam ser eles responsabilizados por eventual lesão a outrem (LIMA, 1973, p. 40).

Para Alvino Lima (1973, p. 33-34), as raízes da responsabilidade civil dos pais por atos ilícitos dos filhos menores advêm diretamente da relação familiar existente entre ambos, sobretudo com espeque nos deveres resultantes do pátrio poder²² exercido pelos pais. Nessa senda, o titular do pátrio poder se vê obrigado não somente perante o seu filho menor, com o dever de educação e de fiscalização de condutas do incapaz, mas também perante terceiros, incentivando e prevenindo que o infante cause danos a outrem.

De fato, explanando os deveres decorrentes do pátrio poder, José de Aguiar Dias esclarece que:

Quando se cogita da responsabilidade paterna, tem-se em vista o inadimplemento real ou presumido dos deveres que ao pai corre em relação ao menor. Esses deveres são de duas ordens: a) assistência, que não é só a material, traduzida na prestação de alimentos e satisfação de necessidades econômicas, mas também moral, compreendendo a instrução e a educação, esta no seu mais amplo sentido; b) vigilância. Na primeira categoria se entende incluída a obrigação de propiciar ao menor, ao lado da prestação de conhecimentos compatíveis com as suas aptidões e situação social e com os recursos do pai, o clima necessário ao seu sadio desenvolvimento moral, inclusive pelo bom exemplo. A vigilância é o complemento da obra educativa, e far-se-á mais ou menos necessária, conforme se desempenhe o pai da primeira ordem de deveres. Esses os motivos por que se presume a responsabilidade do pai (DIAS, 1995, p. 512-513).

Em suma, os pais, em decorrência do pátrio poder, além de possuírem o dever de vigilância ou fiscalização perante os atos de seus filhos menores, também detêm a obrigação de educa-los da maneira adequada, impedindo que pratiquem atos lesivos a terceiros (LIMA, 1973, p. 45).

²² A definição e os consectários legais do pátrio poder estavam previstos nos arts. 379 e seguintes, do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2016b).

A separação da incapacidade dos indivíduos supracitada possuía reflexos bastante perceptíveis no que tange a responsabilização civil tanto dos próprios incapazes quanto de seus responsáveis, sobretudo em vista da previsão do art. 156²³. A mera leitura do dispositivo em comento permite extrair não somente a equiparação do menor púbere ao maior no que tange a obrigação de indenizar, como também a necessidade de se discutir o elemento culpa do incapaz.

Assim, definidos os limites de menoridade dos filhos, impende analisar este último ponto, isto é, o fundamento da responsabilidade civil por terceiro. Para isso, passar-se-á à minuciosa análise do elemento subjetivo, a culpa, no que tange a responsabilidade civil dos pais por atos ilícitos dos filhos.

2.1.1 A culpa no Código Civil de 1916

A discussão do elemento subjetivo pode ser observada em três diferentes momentos quando o assunto é responsabilidade civil dos representantes por atos dos menores: i) culpa do menor ao agir como condição para que se possa responsabilizar os representantes; ii) culpa do menor ao agir como condição para ser responsabilizado; iii) culpa dos representantes para responderem perante os atos causadores de dano dos menores.

Antes de adentrar à primeira das hipóteses, é importante definir os conceitos de culpa e imputabilidade.

Alvino Lima (1973, p. 39-40) conceitua culpa como pressuposto do ato ilícito, sendo um desvio não intencional de conduta voluntária composto por dois elementos indissociáveis: a lesão e a voluntariedade. A imputabilidade é definida como o instituto que liga o ato ilícito e danoso a uma vontade livre. Assim, fica claro que ambos os conceitos possuem fortes ligações, sendo indissociáveis para tal autor: só poderá haver culpa de um indivíduo quando este for imputável, pois não há como haver culpa sem atuação volitiva.

Também nesse sentido é a doutrina de Cavalieri Filho, na qual imputabilidade e culpa ainda se mostram indissociáveis:

²³ Art. 156. O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado (BRASIL, 2016b).

[...] imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo. Disso se conclui que a imputabilidade é pressuposto não só da culpa em sentido lato, mas também da própria responsabilidade. Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 27).

O mesmo autor, no entanto, comentando as disposições do Código Civil de 2002, entende como conciliável a inimputabilidade e o dever de reparar o dano, caso preenchidas duas condições, como se observa no seguinte trecho:

Podemos, então, concluir dizendo que a inimputabilidade não exclui o dever de reparar o dano se ocorrerem duas condições. Primeira, ser o ato tal que, se praticado por alguém imputável, configura a violação de um dever. Se o inimputável agiu em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa alguma caso fosse imputável, não poderá ser obrigado a indenizar. Seria um contrassenso tratar o inimputável, nesse aspecto, com maior severidade do que as pessoas imputáveis, exigindo dele uma conduta que a estas se não impõe. Segunda, ter o inimputável bens em valor superior ao necessário para lhe assegurar os alimentos adequados ao seu estado e condição e os alimentos que legalmente deva a outrem (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 29).

Conforme explica Simão (2008, p. 123), embora grande parte da doutrina se firme no mesmo sentido de Alvino Lima e Cavalieri Filho, gradativamente os ordenamentos estrangeiros promoveram a dissociação entre culpa e imputabilidade, o que, em última análise, permitiu a responsabilização direta do incapaz e a desconsideração da culpa como elemento essencial para a responsabilidade civil. O mesmo autor observa que o Código Civil de 2002 acompanhou essa tendência estrangeira ao positivar em seu art. 928 a possibilidade de responsabilização do incapaz.

De fato, o próprio sistema francês anterior a 1968, legislação que inspirou o Código Civil brasileiro de 1916 e que fixava a total irresponsabilidade do incapaz, foi relativizado pela jurisprudência ao longo das décadas e passou a permitir a responsabilização do incapaz em hipóteses restritas (SIMÃO, 2008, p. 124-127).

Como explica Gonçalves:

Para muitos, no entanto, especialmente para Mário Moacyr Porto, este capítulo da responsabilidade civil estava a exigir uma corajosa revisão, pois o ‘exame ou avaliação das condições físicas e psíquicas do autor do dano – idade, educação, temperamento etc – vale para informar ou identificar as

razões determinantes do seu comportamento anormal, mas não para subtrair da vítima inocente o direito de obter uma reparação dos prejuízos sofridos em seus interesses juridicamente protegidos'. [...] Se um dano é 'objetivamente ilícito', é ressarcível, pouco importando que o seu agente seja inimputável. A culpa, nunca é demais repetir, é uma noção social, pois o objetivo não é descobrir um culpado, mas assegurar a reparação de um prejuízo' (GONÇALVES, 2009, p. 19-20).

Assim, para o presente estudo, levando em conta o exposto em todo o tópico acima, adotar-se-á entendimento não tão rígido quanto à associação entre imputabilidade e culpa, entendida a primeira mais como requisito para reparação de danos do que como parte do elemento subjetivo.

2.1.1.1 Análise de culpa do menor para responsabilizar o representante

Passadas as definições iniciais, impende iniciar o estudo da primeira hipótese em que se indaga a necessidade de analisar o elemento culpa sob a égide do Código Civil de 1916, qual seja se deve haver culpa do menor ao agir ilicitamente para que se possa responsabilizar os seus representantes. É imprescindível notar que a discussão do presente tópico possui reflexos também no Código Civil de 2002, motivo pelo qual também se utilizarão elementos da doutrina que comenta os dispositivos desse último código.

Em virtude da separação das incapacidades já exposta, explica Alvino Lima (1973, p. 41-45) que se colocavam, na prática, duas situações bastante distintas: a) para o caso dos menores incapazes de entender e querer (ou impúberes), o genitor deveria ser tratado como diretamente responsável pelos atos de seu filho, sendo os atos danosos ocasionados pelo incapaz uma consequência da infringência dos deveres de vigilância e educação; b) para a situação dos menores capazes de entender e querer, haveria responsabilização indireta dos pais pelos atos do filho, pois este seria responsável pelos próprios atos nos termos do art. 156, havendo *in casu* verdadeira propagação da responsabilidade direta e culposa do filho para os pais – agora indiretamente responsáveis.

Com efeito, Alvino Lima (1973, p. 41) justifica que, na primeira hipótese, afastava-se de pronto a necessidade da análise de culpa dos menores impúberes, pois além de irresponsáveis pelos próprios atos ante a sua incapacidade natural, o dever de indenizar surge diretamente aos pais que presumidamente violaram os seus deveres de vigilância e educação

ao não barrar as atitudes ilícitas de seus filhos. Tratava-se, em verdade, de responsabilidade por fato próprio, ante a violação ao dever de vigilância.

Nessa senda, intuía-se que o dano causado pelo menor impúbere era equiparado a evento de força maior pelo qual se responsabilizava o representante, mas jamais o incapaz, conforme leciona Simão (2008, p. 83-84).

Na mesma linha está Cavalieri Filho que, embora não discriminando os menores em capazes de entender e querer no ponto, conceitua a responsabilidade por fato de terceiro da seguinte maneira:

Em apertada síntese, a responsabilidade pelo fato de outrem constitui-se pela infração do dever de vigilância. Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio decorrente da violação do dever de vigilância. Por isso, alguns autores preferem falar em *responsabilidade por infração dos deveres de vigilância*, em lugar de *responsabilidade pelo fato de outrem* (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 205).

Também sustentando que se trataria de atuação culposa do próprio pai, prescindindo da análise de culpa do menor ante a impossibilidade de lhe imputar ato negligente, está a observação de Simão (2008, p. 84), que menciona a suficiência da mera averiguação de nexo de causalidade entre o ato do menor (inclusive púbere) e o dano, não se cogitando de análise de culpa em seus atos. A lição do autor refere-se a comentário acerca das disposições do CC/1916, conforme se observa no trecho a seguir:

Sempre foi matéria de muita complexidade questão da responsabilidade civil dos absolutamente incapaz que, em razão de enfermidade ou deficiência, não têm discernimento para a prática dos atos da vida civil (CC, art. 3º, II), chamados por parte da doutrina de amentais ou alienados, bem como do menor impúbere (CC, art. 3º, I). [...] Os danos causados pelos alienados, em face da teoria clássica da culpa, não devem ser reparados, excetuando-se a responsabilidade dos seus guardas, porque seria declarar responsáveis indivíduos desprovidos de razão, inconscientes na prática de seus atos, que agem sem conhecimento de causa.

Nessa linha de raciocínio é preciso ponderar que toda a ação de responsabilidade civil deve ser a ação de um homem consciente de seus atos, nem a criança nem o doido o são. [...]

Já os menores púberes, entre 16 e 21 anos (CC/16, art. 6º, I), quanto à prática de atos ilícitos, eram equiparados aos maiores, desde que culpados (CC/16, art. 156). Assim, para estes menores, a lei atribuía evidente imputabilidade, já que eram considerados maiores e teriam o dever de indenizar as vítimas de seus atos.

A expressão em que for culpado, utilizada pelo dispositivo do revogado Código Civil, apenas indica a existência de nexo causal entre a conduta do menor e o dano causado. Isso não significa que a responsabilidade depende da culpa, porquanto, se o menor não tem capacidade para agir licitamente, não a deve ter, em regra, para agir ilicitamente. [BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v.1, p. 340.]

Realmente, parece estranho o dispositivo mencionar a culpa de um menor púbere que ainda não tem o discernimento completo e, portanto, é incapaz. [nota de rodapé do autor: Note-se que o Projeto Clóvis, no seu artigo 169, previa apenas que o menor é equiparado ao maior em relação às obrigações resultantes dos atos ilícitos pelos quais deve responder. Não mencionava culpabilidade.] (s/ grifos no original) (SIMÃO, 2008, p. 83-85).

Quando a questão envolvia a segunda hipótese (menores púberes), Alvino Lima (1973, p. 45-46) sustentava que a responsabilização dos representantes somente se daria de maneira indireta, razão pela qual se questionava quanto à necessidade ou não da análise de culpa do menor (LIMA, 1973, p. 45-46).

Alvino Lima (1973, p. 42) adota a noção de que é preciso averiguar a culpa do menor púbere quando afirma que “a responsabilidade do filho menor, capaz de entender e de querer, nasce, pois, com a atuação culposa do próprio filho menor, e, para Barbero, se ‘propaga aos genitores’”.

Nessa seara, o mesmo autor defende que tratar a situação de modo diverso seria conferir natureza objetiva (mais gravosa) não prevista em lei e, para tanto, utiliza o exemplo da responsabilidade do professor por atos de seu discípulo (LIMA, 1973, p. 43-44).

Analisando o CC/1916, Silvio Rodrigues (1997, p. 64-65) trata dos menores apenas como gênero (sem diferenciar em púberes ou impúberes) e afirma que é necessária a atuação culposa do menor²⁴. O mesmo autor, no entanto, cita a diferenciação realizada por Alvino Lima sem manifestar discordância, e assim explica as questões comentadas:

[...] Se o ato danoso do menor não foi culposos, é extremamente provável que o dano experimentado pela vítima tenha resultado de força maior ou caso fortuito. Ademais, como uma das excludentes da responsabilidade é a ausência de culpa, parece inegável que se não houve culpa do agente causador do dano, isto é, do menor, obviamente não se pode admitir a responsabilidade de seus pais.

A segunda questão, ou seja, a da imputabilidade do infante, no meu entender, deve ter solução igual à da responsabilidade dos amentais [...]. Se o infante causou dano a outrem, as pessoas por ele responsáveis devem ser

²⁴ O autor cita, no entanto, doutrina estrangeira que prega a desnecessidade de culpa do menor, visto que os pais responderiam pelo dano causado pelo filho por culpa própria (RODRIGUES, 1997, p. 65).

compelidas a indenizar. E, no caso, as pessoas por ele responsáveis são os pais (RODRIGUES, 1997, p.64-65).

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, observam-se os ensinamentos de Cavalieri Filho (2012, p. 207) que, embora não discuta a questão sob as vistas do Código de 1916, defende a necessidade de culpa do menor (absoluta ou relativamente capaz) ao agir para que se torne possível a responsabilização do representante. É o que se observa no fragmento abaixo transcrito:

Reitere-se que quando falamos em situação que em tese configuraria a culpa não estamos querendo dizer que serão necessários todos os elementos do ilícito culposos, inclusive a imputabilidade, como sustentava Orlando Gomes (Obrigações, 2ª ed., Forense, p. 348), mesmo porque esta nunca se fará presente no ato praticado pelo absolutamente incapaz. O que pretendemos dizer é que o ato deve ser tal que, se praticado por alguém imputável, configuraria a violação de um dever; a culpa estaria caracterizada se o ato ilícito fosse praticado por alguém imputável. [...]

Mas se o inimputável (ou preposto) agiu em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa alguma caso fosse imputável, os responsáveis nada terão a indenizar. Seria um contra-senso exigir deles aquilo a que não estariam obrigados se o ato fosse diretamente por eles praticado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 207).

De igual sorte, agora comentando acerca do CC/2002 e modificando o posicionamento supracitado, Simão (2008, p. 139) afirma que “o direito brasileiro, com o Código Civil, superou a noção de que, pelo fato de o menor não possuir vontade juridicamente relevante, não poderia praticar ato ilícito, por estes pressuporem a violação voluntária de deveres”.

De qualquer modo, é importante notar que, sob a vigência do Código Civil de 1916, colocavam-se as duas posições supracitadas, isto é, de um lado a necessidade da análise de culpa do ato do menor sustentada por Alvino Lima (porém a desnecessidade de fazê-lo para os menores impúberes) e de outro lado a suficiência da mera verificação do nexo causal entre o ato dos menores e o dano, arguida por Simão ao analisar o CC/1916. Então, se para um era necessário aferir a culpa do menor a fim de que o representante fosse responsabilizado, para outro, bastava confirmar o nexo de causalidade.

Com a objetivação da responsabilidade dos pais trazida pelo Código Civil de 2002 e a mudança na teoria das incapacidades (tópicos que serão melhor estudados em momento posterior), a doutrina – conforme se observou anteriormente – convergiu para a conclusão de que é imprescindível uma análise, ainda que ficta, da atuação do menor (seja ele impúbere ou

púbere), sob pena de considerar mais gravosa a conduta do indivíduo somente porque este seria inimputável²⁵.

Nesse sentido, Rui Stoco cita jurisprudência ainda sob a égide do CC/1916 que acompanha o raciocínio supracitado, conforme se nota no trecho a seguir:

Responsabilidade civil – Atropelamento – veículo dirigido por menor – ‘Não há negar que a responsabilidade do pai, pelo ato ilícito de seu filho menor e dependente, seria irrecusável, presumindo-se a culpa *in vigilando* do primeiro, até prova em contrário. Mas essa presunção não exclui a obrigatoriedade de se demonstrar a responsabilidade culposa direta do menor, da qual se originaria a de seu progenitor’ (TJSP – 5ª C. – Ap. – j. 28.7.67 – RJTJESP 5/89) (s/ grifos no original) (STOCO, 1995, p. 290).

De fato, ao considerar suficiente a análise de nexo de causalidade entre os atos dos filhos impúberes e o dano, estar-se-ia responsabilizando de maneira objetiva os representantes sem previsão legal. O caso dos menores púberes, porém, era diferente, uma vez que o texto legal poderia ser interpretado como indicador da necessidade de análise de culpa do incapaz²⁶.

Além disso, não seria coerente cuidar de maneira diversa dos menores impúberes²⁷, pois, apesar de tratar-se de hipótese em que há suposta responsabilidade direta dos pais, a situação é idêntica: estar-se-ia considerando mais gravosa a conduta do incapaz somente porque este possui menos discernimento, não sendo capaz de entender ou querer.

Recentemente, como corolário de tal linha de raciocínio, foi editado Enunciado de n. 590 da VII Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, cujo entendimento corrobora a necessidade de se analisar a culpa na conduta do menor²⁸.

Portanto, embora exista divergência no ponto, é mais coerente entender que há necessidade de analisar tecnicamente a conduta culposa do menor, seja púbere ou impúbere, a fim de se poder responsabilizar os pais.

Passar-se-á agora à análise de culpa do menor púbere a fim de que possa ser responsabilizado por seus atos, forte na disposição do art. 156, do Código Civil de 1916.

²⁵ Argumento já apresentado por Alvino Lima, conforme visto nos parágrafos anteriores.

²⁶ Art. 156. O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado (BRASIL, 2016b).

²⁷ Do modo caracterizado por Alvino Lima, como visto anteriormente.

²⁸ O texto do enunciado é o seguinte: A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, prevista no art. 932, inc. I, do Código Civil, não obstante objetiva, pressupõe a demonstração de que a conduta imputada ao menor, caso o fosse a um agente imputável, seria hábil para a sua responsabilização (BRASIL, 2015g).

2.1.1.2 A análise de culpa para responsabilizar o menor púbere por seus atos

Conforme discutido anteriormente, o menor impúbere era considerado totalmente irresponsável por seus atos e não se cogitava a sua responsabilização pela indenização (LIMA, 1973, p. 41). Falava-se, inclusive, que o dano causado por incapaz era equiparado a força maior, sendo os pais diretamente responsáveis pela indenização (SIMÃO, 2008, p. 84).

Quanto aos menores púberes, no entanto, a situação era diferente, pois havia previsão legal no sentido de equiparar os menores púberes aos maiores, desde que houvessem cometido o ato ilícito com culpa (art. 156, do CC/1916). Assim, o presente tópico tratará de discussão que tangencia a do tópico anterior, isto é, discutir-se-á a necessidade de análise de culpa do menor não para caracterizar a responsabilidade de seus representantes (tópico anterior), mas sim de sua própria responsabilização.

Conforme já visto, para Alvino Lima (1973, p. 42), não há maiores dificuldades em equiparar os menores púberes aos maiores, visto que os primeiros são sujeitos capazes de entender e querer e, nessa senda, são aptos a responder por aquilo que fazem. É importante notar que há manutenção da responsabilidade dos seus representantes, só que indiretamente, sendo esta mera propagação da atuação culposa de seus filhos (pois ainda não extinto o pátrio poder).

Desse modo, se adotada a caracterização de Alvino Lima, caso não se verificasse a culpa do menor púbere, tanto este quanto seus representantes não poderiam ser responsabilizados, posto que a obrigação destes últimos seria mera propagação da atuação culposa dos primeiros. Aproveitando o exemplo anteriormente citado para os menores púberes, o mesmo autor explica que:

A necessidade desta culpa resulta da própria imputação ao professor de ter cometido uma culpa, isto é, de não ter impedido o ato do menor; se o ato do discípulo fosse normal, nenhuma censura caberia ao professor. É justamente por ser culposos o ato do menor sob vigilância do professor, que este é responsável por não ter cumprido, como devia, o seu dever de fiscalização. Não há, portanto, culpa do professor, sem culpa do discípulo, a fim de que surja a responsabilidade daquele pelo ato ilícito do aluno. [...]
Temos, portanto, duas responsabilidades por culpa, que se entrosam e se completam, por força de dois fatos diversos: a negligência do professor no seu dever de vigilância e o ato ilícito do discípulo causando um dano a terceiro. A responsabilidade do professor não poderá surgir somente em face de sua negligência: o ato material ilícito do discípulo, como consequência da

culpa *in vigilando*, é que fará surgir a responsabilidade do professor, assim como do discípulo (LIMA, 1973, p. 43-44).

De qualquer modo, impende salientar que, para Alvino Lima (1973, p. 46), os fundamentos da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos permanecem os mesmos em ambas as hipóteses. Isso porque em ambos os casos há violação do dever de vigilância e de educação e também permaneceria a presunção de culpa dos pais (analisada detalhadamente em tópico posterior). A diferença estaria meramente no modo de imputação da responsabilidade (se direta ou indiretamente aos pais).

Ato contínuo, é possível dizer que, além do debatido no tópico anterior, aqui não exsurgem muitas dúvidas quanto à necessidade de análise da atuação culposa do menor púbere a fim de responsabilizá-lo, ante a expressa previsão do art. 156, do CC/1916, que equiparava os menores púberes aos maiores a fim de responsabilizá-los por seus atos ilícitos desde que atuassem com culpa.

A celeuma existente nesse ponto vem pela combinação dos arts. 156 e 1.518, parágrafo único²⁹. É importante notar que, *a priori*, a lei estabelecia a solidariedade entre pais e menores púberes em vista da aplicação de tais artigos.

Porém, ante a imprecisão legal, a doutrina divergia a respeito da conjugação de ambos os dispositivos. De um lado, sustentava-se que o caso concreto poderia determinar uma responsabilização direta e exclusiva do menor púbere, ante suposta extinção do pátrio poder ou a prova de não-culpa dos pais. De outro lado, argumentava-se que a solidariedade existia em qualquer hipótese. A primeira situação ocorria sobretudo em acidentes de trânsito, pois havia patente descompasso entre a legislação administrativa e a civil, sendo a permissão para dirigir concedida aos 18 anos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 210-211).

Em um polo, observa-se a lição de Orlando Gomes, para quem a regra seria a de que a responsabilidade seria exclusiva do menor púbere, visto que este seria capaz de responder por seus próprios atos. Aliás, o posicionamento do autor fica muito claro no voto vista do Recurso especial (REsp) n. 94.643/RJ, conforme fragmento que a seguir se colaciona:

²⁹ Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outros ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis como autores os cúmplices e as pessoas designadas do artigo 1.521 (BRASIL, 2016b).

Ora, reza o art. 156 do Cód. Civil: “O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado”. Eis a lição de Orlando Gomes, reportando-se a essa disposição: ‘Atribui-lhe capacidade delitual. Assim sendo, não procede a opinião difundida de que, não obstante essa maioria por equiparação legal, o pai continua responsável pelo filho quanto a essas obrigações. Decerto continua sob seu poder e até em sua companhia, mas evidentemente, o menor que completa 18 anos e adquire a maioria trabalhista investe-se no direito eleitoral e se torna plenamente capaz para o efeito de alistamento e sorteio militar, tem uma liberdade de movimentos que não permite ao pai o exercício do dever de vigilância, tal como deve ser compreendido segundo o conceito lato que lhe dão os autores modernos. Desconhecer a impossibilidade de cumpri-lo é colocar-se fora da realidade, obrigando alguém a reparar o dano causado por outrem, sem que, em verdade, se lhe possa atribuir, na maioria dos casos, o mais leve resquício de culpa’ (in *Obrigações, Forense*, 1984, pág. 355). [...] (BRASIL, 2000a).

Em um polo intermediário, para Alvino Lima a questão estaria sempre centrada na análise da subsistência ou não do pátrio poder, sendo a solidariedade a regra. É o que se depreende das seguintes argumentações:

A responsabilidade do pai ou da pessoa a quem legalmente compete a vigilância do menor só será elidida, uma vez que o civilmente responsável prove que não houve de sua parte culpa ou negligência. Não haverá, pois, a responsabilidade, provando-se que o ato do menor ou tutelado não resultou de deficiência, de ausência de educação ou de qualquer outro fato imputável ao responsável.

O art. 156 do Código Civil, tendo equiparado o menor ao maior para os efeitos da responsabilidade por ato ilícito, em nada alterou a situação jurídica em relação à responsabilidade dos pais ou dos responsáveis por eles. Ao contrário, a responsabilidade dos pais, ou dos que legalmente respondem pelos menores, continua a subsistir, parecendo-nos, entretanto, meramente subsidiária.

Tal responsabilidade subsiste porque, continuando a exercer sobre os mesmos o pátrio poder, com os deveres que este encargo impõe, com as obrigações referentes à vigilância e à educação, a responsabilidade não se extinguirá. Nas mesmas condições se acham todos os que, nos casos previstos no art. 1.521, respondem pelos atos dos menores sob sua guarda. **Aplica-se, na solução da hipótese, não só o disposto no art. 1.518, parágrafo único, que fixa a responsabilidade solidária dos autores e cúmplices do ato ilícito,** como o disposto no art. 1.521, nº I, com a modificação do art. 25, §7º, do Código de Menores. [...] (s/ grifos no original) (LIMA, 1973, p. 265-268).

Desse modo, enquanto para Orlando Gomes haveria presumidamente a responsabilidade exclusiva do menor púbere, para Alvino Lima, subsistente o dever de vigilância e configurada a negligência dos pais (presumida), haveria a solidariedade entre ambos.

Colocando-se em polo completamente oposto ao de Orlando Gomes, Simão (2008, p. 85-86) comenta que, uma vez detectada a atuação culposa do menor púbere e dos pais, a responsabilização deste e de seus representantes se perfaz conjunta e solidária, pois a obrigação de uma parte não exclui a da outra. Enquanto um responde pelo dano por si cometido, os outros respondem pela infringência do dever de vigilância. O mesmo autor conclui ser impossível a responsabilização exclusiva do menor púbere, o que se observa no fragmento a seguir colacionado:

[...] Em uma primeira leitura, por se equiparar ao maior, a conclusão a que se chega é que responderia apenas e tão-somente o incapaz, e não seu representante.

Entretanto, a interpretação do sistema de indenização do Código Civil de 1916 não permite tal conclusão, apesar das falhas de redação do art. 156. [...] Não se poderia conceber que após os 16 anos, a vigilância paterna estaria dispensada em razão da equiparação legal” (SIMÃO, 2008, p. 85-86).

De um modo geral, percebe-se que a análise sempre gira em torno da subsistência ou não do pátrio poder. Coube à jurisprudência a resolução da matéria, análise esta que se deixa para momento posterior.

O terceiro e último ponto em que se discute a análise de culpa, isto é, a caracterização de culpa dos representantes para que se estipule seu dever de indenizar, toca em questão outrora debatida com grande vigor na doutrina (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 205), motivo pelo qual será analisado a seguir, em separado.

2.1.1.3 A culpa dos pais, tutores ou curadores: culpa presumida ou culpa provada

Tormentosas questões a respeito do requisito culpa dos pais, tutores ou curadores advieram não devido à redação original do Código Civil de 1916, mas sim à sucessão de leis no tempo sobre o tema. A doutrina muito debateu a questão da presunção ou não de culpa dos pais, colocando o próprio fundamento do instituto (a culpa) como dúvida, motivo pelo qual se perfaz imprescindível o estudo sobre o tema.

Em digressão, Simão (2008, p. 88) mostra que a situação era muito clara no texto original do Código Civil de 1916, no qual se estabelecia a responsabilização dos pais se

demonstrada a sua culpa (culpa provada). Porém, em 1927, foi editado o Código de Menores³⁰ que, em suas disposições, criou a presunção de culpa do pai do menor em favor da vítima, revogando o art. 1.523 do Código Civil de 1916. A partir daí, portanto, tratava-se de presunção relativa de culpa dos pais.

Em 1979, adveio o segundo Código de Menores que, ao revogar o de 1927, nada dispôs sobre o tema da presunção de culpa, o que criou celeuma doutrinário: parte da doutrina preconizava a manutenção da presunção de culpa dos pais, enquanto outro setor sustentava a objetivação da responsabilidade desses³¹ (SIMÃO, 2008, p. 89).

De qualquer modo, certo é que a teoria da culpa provada do texto original do Código Civil de 1916 não era mais vigente em meados do século XX, sendo a culpa presumida suficiente para fundamentar a responsabilidade civil por fato de terceiro (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 205).

Em momento anterior ao Código de Menores de 1979, Alvino Lima (1973, p. 45-46) explicava que a responsabilidade civil do pai pelos atos dos filhos menores residia em dois fundamentos: a) a culpa do responsável pelo terceiro justificada pela violação de deveres de vigilância (*in vigilando*), educação (*in educando*) ou escolha (*in eligendo*); b) a presunção relativa de tal culpa a fim de melhor amparar a vítima em termos de obter a indenização pelos danos.

Em análise posterior, Caio Mário da Silva Pereira conclui que o Código de Menores de 1979, ao revogar o Código de 1927, não repristinou o disposto anteriormente no Código Civil de 1916, e, em harmonia com as lições de Alvino Lima, assim explica o tratamento da matéria à época:

Desta sorte, a revogação expressa do Código de Menores de 1927 pelo novo (Lei nº 6.647, de 10 de outubro de 1979) não repristinou o art. 1.521, do Código Civil (Silvio Rodrigues, Direito Civil, vol. 4, p. 73).

Nestas condições, os pais são responsáveis pelos atos dos filhos menores, salvo se se provar que não houve culpa ou negligência. [...] Trata-se,

³⁰ Art. 68. [...]

§ 4º São responsáveis, pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilância, salvo se provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência (BRASIL, 2016d).

³¹ Silvio Rodrigues defendia a tese minoritária que, inexistindo repristinação tácita, após a revogação feita pelo Código de Menores de 1979, o único dispositivo que disciplinava a matéria era o 1.521, do CC/1916, já que o art. 1.523 havia sido revogado pelo Código de Menores de 1927. Desse modo, para o autor, aos pais não haveria mais de se dar a possibilidade de elidir a responsabilidade provando que não houve culpa ou negligência de sua parte, tornando a responsabilidade objetiva e não subjetiva com presunção de culpa (RODRIGUES, 1997, p. 66-67).

portanto, de uma responsabilidade que ‘decorre do pátrio poder; não depende de ser ou não imputável o filho’ (Aguiar Dias, da Responsabilidade Civil, vol. II, nº 188, p. 560). Subsiste em vigor a culpa presumida dos pais. O princípio essencial da responsabilidade dos pais pelos filhos menores é uma ‘presunção de culpa’ (Maurie e Aynès, n^oob. Cit., p.63) (PEREIRA, 1995, p. 90).

Vale ressaltar que ainda na vigência do CC/1916, havia doutrina sustentando a objetivação da responsabilidade civil por fato de outrem³². Dessa forma, é possível observar preocupação no sentido de enaltecer a teoria da culpa presumida em detrimento à responsabilidade objetiva na obra de Alvino Lima (1973, p. 46-47). Nesse tocante, Alvino Lima (1973, p. 46-47) defende a presunção de culpa dos pais fundamentando-se em três premissas: i) a maior facilidade dos pais em relação à vítima em obterem provas concernentes ao dever de vigilância; ii) a improbabilidade de que a pessoa incumbida do dever de vigilância não o tenha feito devido a condições inidôneas (daí a presunção de que é culpada); iii) os menores são indivíduos potencialmente produtores de danos caso não bem dirigidos em suas condutas.

Conforme o mesmo autor, a objetivação da responsabilidade seria maléfica aos pais visto que a fixação de garantia legal em favor da vítima diminuiria os meios de defesa dos primeiros, retirando da discussão a necessidade de se debater a observância ou não dos deveres de educação e vigilância (LIMA, 1973, p. 47).

Cavaliere Filho citando Antunes Varela salienta que:

Esta presunção – de acordo com Antunes Varela – baseia-se, em primeiro lugar, num dado da experiência, segundo o qual boa parte dos atos ilícitos praticados pelos incapazes procede de uma falta de vigilância adequada; em segundo lugar, na própria conveniência de estimular o cumprimento dos deveres que recaiam sobre aqueles a cuja guarda o incapaz esteja entregue; por último, na necessidade de acautelar o direito de indenização do lesado contra o risco da irresponsabilidade ou da insolvabilidade do autor direto da lesão (Das obrigações em geral, 8^a ed., Almedina, p. 601) (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 205).

Apesar disso, conforme será mais bem analisado em tópico posterior, o Código Civil de 2002 conferiu ao gênero responsabilidade civil por fato de terceiro a natureza objetiva,

³² Além de doutrina estrangeira (Alvino Lima cita André Tunc como defensor do fundamento baseado no risco) (LIMA, 1973, p. 47), também no Brasil havia sustentação nesse sentido (RODRIGUES, 1997, p. 67).

prescindindo da análise da culpa e adotando o risco como fundamento geral (SIMÃO, 2008, p. 80).

Nesse sentido, já se observava na doutrina de Caio Mário da Silva Pereira a previsão, conforme o trecho a seguir destacado:

No direito brasileiro, com base na elaboração pretoriana e no desenvolvimento da doutrina, o que sobressai, na atualidade [1995], é que predomina a tendência de assentar a responsabilidade por fato de outrem no princípio da presunção de culpa. É de se prever, contudo, que num futuro mais ou menos curto, procurará abrigo na teoria do risco (PEREIRA, 1995, p. 88).

De qualquer modo, certo é que prevaleceu à época a tese de que a responsabilidade dos pais era subjetiva, porém com presunção relativa de culpa quanto à infringência dos deveres de vigilância e educação (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 205).

Assim, é possível concluir que se tratava do concurso de duas responsabilidades: subjetiva do filho menor (tanto púbere quanto impúbere, nos termos da discussão dos tópicos ns. 2.1.1.1 e 2.1.1.2) e subjetiva com presunção de culpa de seus representantes.

2.1.2 Poder e companhia

O art. 1.521, incs. I e II, do CC/1916, conferia a responsabilidade civil pelos atos dos filhos menores aos pais, tutores ou curadores desde que estes detivessem o “poder” e estivessem em “companhia” dos menores.

É correto dizer que as referidas expressões se conectam com o exercício do pátrio poder, bem como à guarda e à própria vigilância a que os pais, tutores ou curadores são obrigados a prestar aos menores. O pátrio poder encontrava guarida nos arts. 379 e seguintes do Código Civil de 1916³³. Ato contínuo, como instrumentos que alteram o exercício do pátrio poder, a emancipação e a modificação de guarda merecem atenção no presente estudo.

³³ Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I. Dirigir-lhes a criação e educação.

II. Tê-los em sua companhia e guarda.

III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem.

Sobre o tema, Alvino Lima (1973, p. 35-37) entende que as expressões “poder” e “companhia” significavam, respectivamente, o exercício do pátrio poder propriamente dito e a condição para que se exercitasse tal direito de direção. Desse modo, a caracterização da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores só seria possível quando atendidos os dois requisitos, quais sejam a menoridade do filho (pois a maioridade extingue o pátrio poder) e a coabitação do menor com o genitor exercente do pátrio poder.

Assim, para o mesmo autor, para que os pais pudessem cumprir os deveres de vigilância e educação, seria imprescindível tanto a coabitação quanto o efetivo exercício do pátrio poder a fim de que os genitores pudessem exercer influência e direção aos seus filhos (LIMA, 1973, p. 34-37).

Comentando o tema, Venosa observa que a coabitação não poderia ser considerada em seu sentido absoluto, conforme trecho a seguir transcrito:

A lei de 1916 mencionava, também, que a responsabilidade era dos pais com relação aos filhos que estivessem em seu poder e em sua companhia. Os termos não podiam e não podem ser entendidos em sentido absoluto, sob pena de restringir demasiadamente o dever de indenizar. Ainda que materialmente afastados, os filhos que vivem em outra localidade, mas sob as expensas dos pais, estão sob seu poder. [...]
Para que se suprima a responsabilidade, os pais devem demonstrar, portanto, que o menor não se encontrava sob seu poder e autoridade ou em sua companhia (VENOSA, 2012, p. 88).

Entendidos os conceitos de poder e companhia de tal maneira, é tempo para analisar os institutos da emancipação e da guarda e seus reflexos na responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos menores.

IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder.

V. Representa-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

VI. Reclama-los de quem ilegalmente os detenha.

VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2016b).

2.1.2.1 Emancipação

A emancipação, instituto que permite a antecipação da capacidade civil, estava prevista no art. 9º, do CC/1916³⁴, permanecendo intacta em sua essência no art. 5º, do CC/2002³⁵. É classicamente dividida em emancipação voluntária e emancipação legal. Destaca-se que a análise feita a seguir permanece atual, motivo pelo qual se utilizarão argumentações que partem tanto do CC/1916 quanto do CC/2002³⁶.

A emancipação voluntária era prevista no inc. I, do §2º, do art. 9º, do Código Civil de 1916, e somente se mostrava possível se o incapaz possuísse, no mínimo, 18 (dezoito) anos e se fosse concedida pelo pai ou, se este fosse morto, pela mãe e também por sentença judicial.

A emancipação legal se dava pelo disposto nos incisos seguintes do mesmo art. 9º, nas hipóteses de casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau científico em curso de ensino superior e pelo estabelecimento civil ou comercial com economia própria.

Quanto às hipóteses de emancipação legal, a doutrina afirmava que, cessada a incapacidade, também se extinguiu o pátrio poder³⁷ e, com isso, elidia-se o fundamento para

³⁴ Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

§ 1º Cessará, para os menores, a incapacidade:

§ 2º Para efeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 anos de idade.

I. Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

II. Pelo casamento.

III. Pelo exercício de emprego público efetivo.

IV. Pela colação de grau científico em curso de ensino superior.

V. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria (BRASIL, 2016b).

³⁵ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria (BRASIL, 2016c).

³⁶ Como se percebe pela mera leitura dos dispositivos, a diferença está na idade mínima para a emancipação. Enquanto no CC/1916 o mínimo era 18 anos, no CC/2002 a emancipação pode ser concedida a partir dos 16 anos.

³⁷ É o texto do art. 392, do CC/1916, *in verbis*:

Art. 392. Extingue-se o pátrio poder:

I. Pela morte dos pais ou do filho.

II. Pela emancipação, nos termos do parágrafo único no art. 9, Parte Geral*.

responsabilizar indiretamente o pai por ato do filho menor. É que, ainda que perdurasse a coabitação, o filho adquiria capacidade absoluta, característica incompatível com o exercício de pátrio poder (LIMA, 1973, p. 36).

Já quanto às hipóteses de emancipação voluntária, há importante discussão doutrinária e jurisprudencial (SIMÃO, 2008, p. 171-172). Passar-se-á à análise doutrinária, deixando-se o escopo jurisprudencial para momento posterior.

Parcela da doutrina sustentava que a emancipação voluntária não exoneraria os responsáveis de eventuais responsabilizações por atos ilícitos, sob três argumentos: a) a emancipação voluntária, como ato de vontade, não teria o condão de eliminar a responsabilidade dos pais, pois esta é fixada por lei; b) a lei seria omissa quanto à manutenção da responsabilidade em caso de emancipação, motivo pelo qual deveria permanecer vigente a proteção à vítima; c) se o ato ilícito ocorreu é porque teria havido ato incon siderado por parte dos pais, visto que o menor não estaria pronto para ser emancipado (SIMÃO, 2008, p. 173-175).

Caio Mário da Silva Pereira sustentava que “Em caso de emancipação do filho, cabe distinguir: se é a legal, advinda por exemplo do casamento, os pais estão liberados; mas a emancipação voluntária não os exonera, porque um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provém da lei” (PEREIRA, 1995, p. 91-92).

De igual sorte, Gonçalves – agora sob a égide do CC/2002 - é partidário da corrente de Caio Mário da Silva Pereira, o que se percebe quando afirma que:

Parece-nos defensável a responsabilidade solidária do pai somente quando se trata de emancipação voluntária, cessando, porém, totalmente quando deriva do casamento ou das outras causas previstas no art. 5º, parágrafo único, do Código Civil. [...] (GONÇALVES, 2009, p. 103).

Sílvio Venosa, também comentando disposição do CC/2002, é outro partidário da mesma corrente, como se percebe no trecho a seguir:

Quanto à emancipação dos menores, se esta é voluntária por parte dos pais, não se liberam eles da responsabilidade por atos praticados pelos filhos. O mesmo não ocorre se a emancipação decorre de casamento ou de outras

III. Pela maioria.

IV. Pela adoção.

*O parágrafo único do art. 9 foi convertido no §1º pelo Decreto n. 20.330/1931 (BRASIL, 2016b).

causas previstas no art. 5º, parágrafo único, do Código Civil (VENOSA, 2012, p. 73).

José de Aguiar Dias, por sua vez, possuía posicionamento um pouco diferente, no sentido de que a emancipação voluntária produz efeitos exoneratórios desde que não se revele como ato impensado. É o que se nota a partir o seguinte trecho:

A responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do pátrio poder, não depende de ser ou não imputável o filho. Assim, **em nada influi que o menor de mais de 16 anos, nos termos do art. 156 do Código Civil, esteja, para efeito de ato ilícito, equiparado ao maior ou, até, que esteja emancipado, por ato do pai, desde que a emancipação se revele como ato impensado**, em face do ato ilícito do menor, acarretando a responsabilidade, quando não com fundamento no art. 1.521, pelo menos em face dos princípios comuns do art. 159 [...]

Quando se cogita, pois, dos motivos que o pai pode invocar, como capazes de exonerar de responsabilidade, não se deve perder de vista a possibilidade de justificadamente haver o pai perdido o poder de direção sobre o menor. (s/ grifos no original) (DIAS, 1995, p. 514-515).

Cavaliere Filho, comentando a matéria sob a égide do CC/2002, não destoa do posicionamento de José de Aguiar Dias, possuindo argumentação na qual se reforça a ideia de que a emancipação voluntária por regra não elide a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos, mesmo que ausente o requisito da companhia. É o que se percebe no trecho a seguir colacionado, no qual o autor reproduz as lições de José de Aguiar Dias:

[...] Até mesmo a emancipação que se revelar como ato impensado não tem o condão de afastar a responsabilidade dos pais, segundo a melhor doutrina. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Responsabilidade civil – Pais – Menor emancipado. A emancipação por outorga dos pais não exclui, por si só, a responsabilidade decorrente de atos ilícitos do filho” (3ª T., REsp 122.573 – PR, rel. Min. Eduardo Ribeiro). [...] (CAVALIERI FILHO, 2012, p.209-210).

Desse modo, é possível perceber que José de Aguiar Dias e Cavaliere Filho defendem que a emancipação voluntária produzirá efeitos exoneratórios somente caso não se revele como ato impensado dos pais, enquanto Caio Mário da Silva Pereira, Gonçalves e Venosa deixam a emancipação voluntária de fora das hipóteses liberatórias³⁸.

³⁸ Embora tenham sido apresentadas diferenças nos posicionamentos, é coerente concluir que as duas correntes são bastante semelhantes em suas consequências, visto que o dano causado por ato ilícito de menor emancipado praticamente sempre pode ser arguido como ato impensado dos pais. Aliás, é difícil imaginar hipótese em que se

Em posicionamento um pouco diverso, Alvino Lima (1973, p. 36-37) sustentava que a emancipação voluntária fazia cessar a responsabilidade indireta dos pais pelos atos dos filhos como regra. Ressaltava, porém, assim como Simão (2008, p. 174) – este analisando o CC/2002 –, que poderiam haver exceções, como no caso em que fosse demonstrada a má-fé na emancipação voluntária.

Conforme explica Simão (2008, p. 175), a sistemática do Código Civil (tanto o de 1916 quanto o de 2002) não permite intuir que, mesmo com o menor emancipado, o pai permaneceria responsável por seus atos. É que, ao se entender de tal maneira, presumir-se-ia a má-fé dos pais no ato emancipatório, o que violaria o princípio de presunção de boa-fé.

Ilustrando a argumentação, Simão dá interessante exemplo nesse sentido:

O pai que não pode mais reger a vida de seu filho não pode ter a responsabilidade decorrente do poder familiar. Ademais, a lei exige, para que haja a responsabilidade, que o incapaz esteja na autoridade e companhia do pai, tutor ou curador (CC, art. 932, I e II). Ora, com a emancipação, ocorre automaticamente o fim da autoridade paterna e, muitas vezes, o fim da companhia também. [...]

Exemplifica-se: se o menor com 16 anos que é aprovado em exame vestibular e muda-se para outra cidade; a emancipação por iniciativa do pai, que permitirá a seu filho a prática de atos da vida civil sem a necessidade de assistência, não tem caráter fraudulento. Essa emancipação deve produzir todos os efeitos, inclusive no tocante à irresponsabilidade pelos eventuais ilícitos praticados pelo filho. Imagine-se, ainda, situação do filho que resolve tentar a sorte em um longínquo Estado da federação e, para tanto, é emancipado pelos pais que perdem, inclusive, o contato com ele. Seria justo impor-lhes o dever de reparar o dano nos termos do artigo 932, I, do Código Civil? (SIMÃO, 2008, p. 175-177).

Porém, impende notar que prevalece o entendimento consolidado pela primeira corrente, especialmente a de Caio Mário da Silva Pereira, Gonçalves e Venosa. Como bem sintetiza Simão ao contrariar tal entendimento e comentando o Código Civil de 2002:

Então, parece exagerada a afirmação da doutrina, acompanhada pela jurisprudência, no sentido de que a emancipação voluntária não libera os pais do dever de indenizar; mesmo porque, a responsabilidade por fato de terceiro é excepcional no sistema e não a regra. O que se percebe é que, no direito pátrio, criou-se verdadeira presunção de que a emancipação tem por finalidade única e exclusiva retirar dos pais a responsabilidade pelos atos ilícitos praticados por seu filho (SIMÃO, 2008, p. 175-176).

consiga isolar o ato ilícito do menor emancipado da educação dirigida pelos pais (o que tornaria a emancipação por si só ato impensado, já que se o ato foi cometido é porque a educação não era adequada). Silvio Rodrigues (1997, p. 64) desenvolve raciocínio semelhante.

Por derradeiro, até mesmo como corolário que demonstra a prevalência do entendimento dessa corrente, é possível destacar o Enunciado n. 41, da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, para o qual “a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil” (BRASIL, 2015d).

Assim, ainda que não se desconsidere a relevância da argumentação de que a emancipação voluntária exoneraria os pais de responder pelos atos dos filhos como regra, a posição contrária é a que prevalece.

2.1.2.2 A guarda

O instituto analisado no presente tópico apresenta a mesma circunstância do anterior, isto é, o tratamento da guarda no CC/2002 não trouxe maiores novidades no que tange o tema do presente trabalho. Desse modo, serão discutidos os estudos doutrinários de ambos os Códigos de maneira conjunta, já que as análises dos estudiosos convergem em muitos pontos.

A guarda tem relação direta com os requisitos legais para caracterizar a responsabilidade dos pais, isto é, há conexão estreita entre a guarda e os conceitos de “companhia” e de “poder” (para o CC/2002, “autoridade”), vez que o exercício daquela se dá (embora não se resuma a isso) com a coabitação entre responsável (companhia) e menor e a capacidade daquele dirigir os atos deste (autoridade ou poder). Como explica Alvino Lima (1973, p. 36), a condição de coabitação é imposta “[...] a fim de que o genitor possa educar os seus filhos, dirigir-lhes a conduta e fiscalizá-los convenientemente”.

Ainda segundo Alvino Lima:

[...] a não coabitação só isentará o genitor de responsabilidade, se ele estiver impedido de fiscalizar e dirigir a conduta de seu filho menor; se a ausência de coabitação não impedir aquela fiscalização, o genitor, que se achar no exercício do pátrio poder, continuará no dever da vigilância de seu filho menor, permanecendo a sua responsabilidade (LIMA, 1973, p. 36).

Ademais, se a coabitação cessou e o ato ilícito do menor ocorreu, nos dizeres de Alvino Lima (1973, p. 37), “[...] é preciso examinar se a causa do dano provém da má

educação já recebida, ou de outra circunstância decorrente da orientação paterna, ou se a causa do dano se prende à nova orientação do comitente, ou de outrem, com quem o menor reside”.

Como já comentado anteriormente, o mesmo autor defende que a coabitação é um conceito que não deve ser entendido em seu sentido absoluto, conforme se infere no fragmento a seguir transcrito:

Conforme as circunstâncias de cada caso particular, a responsabilidade pode subsistir, sem que a aludida condição se verifique na ocasião do ato ilícito. Ou, em outras palavras, pode haver, excepcionalmente, responsabilidade do genitor sem o requisito da coabitação. Se, no entanto, a coabitação não existe por culpa do genitor, ou se o filho menor justifica a sua retirada da casa paterna, a responsabilidade daquele subsiste, porquanto a inexistência da coabitação resulta da culpa do genitor. Em sentido oposto, no entanto, se o filho abandona a casa do seu genitor, por ato de insubordinação ou de malandragem, cessa a responsabilidade do genitor, desde que este prove que pôs em jogo todos os meios possíveis para reconduzir o filho à casa paterna (LIMA, 1973, p. 37).

Caio Mário da Silva Pereira, em raciocínio semelhante, afirma que:

[...] Se o filho, ainda que durante a menoridade, se acha juridicamente em companhia de outrem, e sobre ele não tenha pátrio poder o genitor, não obriga o pai a responder pelos danos que causa. O problema tem importância se, por decisão judicial, estiver cassado ou suspenso o pátrio poder, e o filho afastado da companhia paterna. O mesmo ocorre em decorrência de procedimento judicial de separação ou divórcio, o filho estiver fora da guarda e companhia do pai, e na guarda da mãe ou de terceiro (Colin e Capitant, Cours de Droit Civil Français, vol. II, nº 203) [...]

A responsabilidade atinge os avós, se a eles incumbir legalmente a vigilância do menor. Mas não se estende ao padrasto ou madrasta, mesmo se tiverem acolhido os menores em tenra idade, nem a quem educa filho natural de sua nora (Demogue, ob. Cit., ° 883).

Vigorando a presunção de culpa dos pais em relação aos filhos em seu poder e guarda, é insuficiente a ilidir a responsabilidade a simples demonstração de que procedem com zelo e vigilância, pois que este é dever dos pais. Somente se exoneram, demonstrando *in concreto*, estar afastada a presunção de culpa. Noutros termos, a vítima não necessita provar que o fato ocorreu por culpa *in vigilando* dos pais. [...]

Não se pode, entretanto, desconsiderar que a vigilância paterna, conforme observa Aguiar Dias, se bem que contínua, geral e permanente, ‘está sujeita às possibilidades humanas’. Aquela presunção de culpa, em que vem assentada a responsabilidade dos pais sofreu o impacto da ‘sociedade permissiva contemporânea’, que atinge severamente a autoridade paterna sobre os adolescentes (Malaurie e Ayneès, ob. cit., nº 64). A presunção de responsabilidade seria, portanto, *iuris tantum* (Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, vol. 5, nº 213, p. 275), não se podendo ‘deixar de atender às

circunstâncias sociais e econômicas da família' (Da Responsabilidade Civil, vol. II, p. 562). Na mesma linha de raciocínio, considera Sourdat, não se pode desatender à possibilidade de haver o pai, justificadamente, perdido o poder de direção da família (Traité Général de la Responsabilité, vol. II, n° 832, p. 72) (PEREIRA, 1995, p. 90-91).

Também Cavalieri Filho, comentando as disposições do CC/2002, segue a mesma linha de raciocínio, conforme se percebe no trecho transcrito a seguir:

[...] No caso de os pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, **a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção.** Se, de maneira contínua e fora do domicílio paterno, o menor é confiado à guarda dos avós, de educador, de estabelecimento de ensino, ou trabalha para outrem, a estes caberá a responsabilidade durante o período em que exercerem o poder de direção sobre o menor, e assim por diante. [...]
Vê-se, por aí, que a responsabilidade dos pais pode ser intermitente – como bem observa Aguiar Dias -, cessando e restaurando-se conforme a delegação de vigilância, efetiva e a título de substituição (ob. Cit., v. II/152). Consequentemente, nem toda delegação de vigilância transfere a responsabilidade dos pais; somente aquela que tem caráter de substituição, permanente ou duradoura, e feita juridicamente a quem tem condições de exercer responsavelmente o poder de direção sobre o menor. **O simples afastamento do filho da casa paterna, por si só, não elide a responsabilidade dos pais.** [...] (s/ grifos no original) (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 208-210).

Gonçalves, também sobre o CC/2002, sustenta que:

[...] Entretanto, se sob a guarda e em companhia da mãe se encontra o filho, por força de separação judicial, responde esta, e não o pai. [...]
Considerando-se que ambos os pais exercem o poder familiar, pode-se afirmar, pois, que a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. E que a falta daquela pode levar à exclusão da responsabilidade.
Quando o titular da guarda ou o responsável pelo menor é terceiro, a ilegitimidade passiva do pai para ser demandado não pode deixar de ser reconhecida (s/ grifos no original) (GONÇALVES, 2009, p. 104-105).

No ponto, também sob a égide do CC/2002, Simão comenta as situações que ocorrem quando a guarda do menor é compartilhada entre pai e mãe³⁹ e quando há transferência temporária de guardas. Para o autor, haveria responsabilidade somente do genitor que está

³⁹ Oficialmente, a guarda compartilhada foi instituída e disciplinada no Brasil com o advento da Lei n. 11.698/2008, que modificou os arts. 1.583 e 1.584. Em suma, a guarda compartilhada é a 'responsabilização conjunta e exercício de direitos e deveres de pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns' (art. 1.583, §1º, do CC/2002) (BRASIL, 2016c).

acompanhando diretamente a criança, e não daquele que está afastado (por ausência de guarda). Ademais, o autor também ressalta a modificação trazida pelo CC/2002 no sentido de objetivação da responsabilidade⁴⁰. O trecho a seguir colacionado demonstra o posicionamento citado:

O fato de os pais do causador do dano serem casados ou conviverem em união estável nenhuma consequência traz para fins de responsabilidade civil. Essa decorre do menor estar sob sua autoridade e companhia, e não do estado civil dos genitores.

Nesse sentido, a simples separação de fato dos pais, sem que haja qualquer acordo quanto à guarda ou direito de visitas, não altera suas responsabilidades, quer more o menor com sua mãe, seu pai ou terceiros. A simples separação de fato não altera responsabilidades.

Entretanto, em caso de pais separados judicialmente, aquele genitor que tiver a guarda do filho estará em sua companhia e será o responsável pela vigilância. Nos dias de visita, inverte-se a situação, e o pai ou mãe que não é o guardião terá a companhia do filho.

É a chamada teoria do traspasso de responsabilidade, que se baseia na ideia pela qual a responsabilidade traspassa-se com o menor e responde o genitor que o tiver em sua companhia no momento em que este cometer o fato danoso. [...]

Em resumo, ter o filho sob autoridade e em sua companhia significa tê-lo sob o mesmo teto, de modo a possibilitar o poder de direção dos pais sobre o menor e sua eficiente vigilância. Assim, o exercício unilateral da guarda impede a vigilância do menor e exclui a responsabilidade do genitor.

[...] Com o Código Civil, a discussão de culpa deixou de fazer parte do sistema em razão da objetivação decorrente do artigo 933. Reintroduzir sua possibilidade de admissão no processo de indenização será, no mínimo, retroceder e dificultar a conclusão do feito, piorando, em muito, a situação da vítima.

A culpa dos pais, seja ela *in vigilando*, seja ela *in educando*⁴¹, será matéria a ser debatida entre os co-responsáveis em eventual ação de regresso, mas não caberá na ação a ser proposta pela vítima visando à reparação civil. [...] (s/grifos no original) (SIMÃO, 2008, p. 164-165 e 169)

Percebe-se que o autor supracitado restringe a interpretação do requisito companhia, sendo mais rígido que o restante da doutrina (para quem ambos os genitores permanecem responsáveis ainda que não acompanhem diretamente o incapaz em todos os momentos – há uma relativização do conceito de companhia, conforme debatido anteriormente). Simão e Gonçalves, como se viu, não desenvolvem detalhadamente o raciocínio contrário, tornando

⁴⁰ É que sob a égide do CC/1916 poderia ser discutida a culpa do representante na ação indenizatória, conforme se notou na lição de Caio Mário da Silva Pereira supracitada. Já no CC/2002, não.

⁴¹ O termo culpa *in vigilando* faz referência a instituto utilizado em Portugal e se traduz como o “dever de os pais inculcarem nos filhos respeito pela propriedade dos outros, de os prepararem para ser bons cidadãos e de os educarem como modelos de virtude” (SIMÃO, 2008, p. 168).

carente, nesse sentido, o embate de posições. Aliás, não parece haver verdadeira oposição de pensamentos, dado que a análise sempre dependerá de cada caso concreto.

Assim, considerando que a doutrina não apresenta maiores discussões nesse tocante, é coerente concluir que a regra (para a doutrina majoritária) é que a responsabilidade civil acompanha o genitor que detém a guarda do filho, posto que é este quem terá autoridade para dirigir as condutas do menor. Porém, a companhia, ainda que seja um requisito *a priori*, é dispensável ante o caso concreto, podendo-se responsabilizar o genitor que não detém a guarda do menor, mas que sobre este mantém poder diretivo.

Portanto, para além da coabitação (que deve ser entendida de modo relativizado), a chave para definir a possibilidade ou não de exclusão da responsabilidade do representante é a subsistência de influência (poder diretivo) nas condutas do filho menor.

2.2 O Código Civil de 2002

2.2.1 Aspectos gerais

A preocupação até o presente momento foi a de assentar as bases teóricas que fundamentavam a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores na vigência do CC/1916. É certo que algumas análises comparativas entre os Códigos Civis já foram feitas em alguns pontos da disciplina (especialmente na emancipação e na guarda), mas cabe agora desenvolver o tratamento da matéria no CC/2002 de maneira mais detalhada.

Em linhas introdutórias, pode-se dizer que o CC/2002 revolucionou a teoria das incapacidades ao alterar as idades limite, o que modificou o tratamento dispendido aos menores. Além disso, houve inovações em outros pontos, tais quais: i) a objetivação da responsabilidade dos responsáveis por fato de terceiro (art. 933); ii) a possibilidade de responsabilização do absolutamente incapaz (art. 928); iii) a utilização da equidade para a fixação do *quantum* indenizatório.

Conforme visto no primeiro capítulo do presente trabalho, o CC/2002 trouxe inovações para além da modificação meramente textual, o que deverá ser levado em conta quando analisados os institutos daqui para frente.

Além das modificações já estudadas, também é importante destacar a previsão constitucional mais marcante para a disciplina do presente trabalho: a equalização entre pai e

mãe em seus direitos e obrigações e a maior preocupação com os menores de um modo geral, sobretudo pelas previsões constitucionais dos arts. 226 e 227⁴². Em resumo, os pais e as mães, além de terem sido equiparados quanto aos seus deveres de vigilância, não podem mais arguir a origem da filiação como meio de defesa, visto que o ordenamento inibe a distinção entre filhos biológicos e sócio-afetivos⁴³ (SIMÃO, 2008, p. 146-150).

Brevemente esclarecidos esses aspectos gerais, passar-se-á à análise da nova estrutura da responsabilidade civil dos pais em relação aos atos dos filhos menores.

2.2.2 A responsabilidade civil por fato de outrem na vigência do Código Civil de 2002

Em termos de hipóteses em que se faz possível a responsabilização civil por fato de terceiro, o Código Civil de 2002 não trouxe novidades. A mera comparação literal entre o art. 1.521, do Código Civil de 1916, e o art. 932, do Código Civil de 2002, mostra que as alterações mais significativas vieram apenas para adequar as palavras em um contexto mais atual (trocando ‘patrão’ para ‘empregador’, por exemplo), já sendo suficiente para concluir que, nesse tocante, a matéria permanece inalterada, aplicando-se as observações outrora feitas ao Código Civil de 1916 (capítulo 1) (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 213).

Observa-se ainda que persistiu o erro topográfico do antigo inc. V do art. 1.521, do CC/1916, agora no inc. V do art. 932, do CC/2002, pois a hipótese ali prevista não é de responsabilidade civil por fato de terceiro, mas de mera restituição da coisa (conforme comentado no capítulo 1).

Contudo, apesar de não terem sido feitas alterações nas hipóteses de incidência da responsabilidade civil por fato de terceiro, a matéria sofreu significativa modificação devido a outros dispositivos que disciplinam o instituto. Dessa forma, impende analisar sob o enfoque doutrinário cada uma das situações advindas das novidades legislativas.

⁴² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. [...] (BRASIL, 2016a).

⁴³ A concordância com a previsão constitucional da igualdade entre homem e mulher será observada com bastante vigor na previsão dos regimes de bens do casamento e no direito sucessório do CC/2002 (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 142).

2.2.3 A teoria das incapacidades

Pode-se dizer que a primeira e mais fundamental das alterações trazidas pelo Código Civil de 2002 envolve a teoria das incapacidades, positivada logo em seus primeiros dispositivos. Os arts. 3º e 4º⁴⁴ estabelecem, respectivamente, os menores de dezesseis anos como absolutamente incapazes e os maiores de dezesseis, porém menores de dezoito anos, como relativamente incapazes.

Percebe-se que o diploma civil reduziu a idade máxima para a capacidade plena em três anos (antes estabelecida em 21 anos), o que obviamente retira parcela significativa de tempo para que se cometam atos ilícitos na condição de filho menor. Além disso, conferiu certa autonomia aos relativamente capazes por lhes possibilitar a prática de testamento e mandato, conforme previsão dos arts. 1.860 e 666, respectivamente (SIMÃO, 2008, p. 30).

O instituto da emancipação não foi modificado em sua essência, sendo possível a sua aplicação na modalidade voluntária aos maiores de dezesseis anos e na espécie legal nas hipóteses taxativas do art. 5º⁴⁵, do CC/2002. Nota-se que a maior modificação está na idade mínima para a emancipação, agora de 16 anos. De qualquer modo, as mesmas observações feitas no tópico 2.1.2.1 cabem aqui, destacando-se a ressalva de que o tema será trabalhado segundo a visão jurisprudencial em momento oportuno.

⁴⁴ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2016c).

⁴⁵ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria (BRASIL, 2016c).

2.2.4 A objetivação da responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores

Uma das principais modificações trazidas pelo CC/2002 foi a mudança da modalidade da responsabilidade dos representantes dos menores, que passou de subjetiva com presunção de culpa para objetiva por força do art. 933⁴⁶. Por consequência, a alteração provocou a substituição do fundamento doutrinário da responsabilidade civil por fato de outrem, bem como aumentou a proteção das vítimas, que agora possuem mais facilidade no acesso à indenização. Explica-se.

Como visto anteriormente, o Código Civil de 2002 adotou a posição outrora combatida por Alvino Lima (tópico 2.1.1.1), isto é, tratou a responsabilidade como objetiva, abolindo a necessidade de se discutir a culpa dos responsáveis. Simão (2008, p. 73) explica que a superação da presunção de culpa se deu em razão da adoção do risco como critério caracterizador da responsabilidade, aqui denominado como risco dependência. Nesse ponto, importante colacionar a lição do autor:

[...] toda a pessoa inimputável e consequentemente incapaz necessita de um representante legal do qual será dependente jurídica, econômica ou afetivamente. Ainda, tais pessoas, em razão de sua inimputabilidade, são potenciais causadores de danos, já que nem a idade nem a eventual doença ou vício lhes garante o discernimento entre o certo e o errado. [...]

Quem decide pela paternidade ou maternidade assume os riscos de ter sob sua dependência pessoa sem capacidade de discernimento entre o certo e o errado, que, portanto, tem uma maior chance de causar danos a terceiros. Assim, assumido tal risco decorrente desta dependência do incapaz, surge o dever de indenizar [...]

O fundamento, portanto, é o risco dependência, que se justifica pela falta de discernimento dos incapazes e sua potencialidade na causação do dano. (s/ grifos no original) (SIMÃO, 2008, p. 73-75).

Para Cavalieri Filho, no entanto, a asserção não pode ser adotada em sua plenitude, conforme se observa no fragmento a seguir colacionado:

Há quem sustente que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores e a dos tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados estariam fundadas na teoria do risco. Chegam a dizer que se o pai põe filhos no mundo corre o risco de que da atividade deles surja dano para terceiro. A levar a teoria do risco a tal extremo, tudo passará a tê-la por fundamento, até

⁴⁶ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos (BRASIL, 2016c).

o próprio nascimento. Parece-nos exagero falar em risco de ter um filho, risco de ser pai, e assim por diante. Na tutela e curatela a impropriedade de se falar em risco é ainda maior, porque representam um ônus para quem as exerce, verdadeiro *mínus publicum*. **O fundamento dessa responsabilidade é realmente outro. É o dever objetivo de guarda e vigilância legalmente imposto aos pais, tutores e curadores.** Depreende-se isso do próprio texto legal, da expressão ‘estiverem sob sua autoridade e em sua companhia’.[...] (s/ grifos no original) (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 206).

É possível perceber que diverge a doutrina acerca da fundamentação da responsabilidade objetiva *in casu*. Enquanto Simão (2008, p. 74) sustenta as bases da responsabilidade objetiva no risco⁴⁷, pois entende que o sistema se desenvolveu com o intuito de melhor amparar a vítima, Cavalieri Filho (2012, p. 206) baseia seus pensamentos na simples garantia legal calcada nos deveres dos representantes enquanto pais, tutores ou curadores.

Na doutrina, é mais recorrente a argumentação semelhante à de Simão, como se observa nas lições de Venosa (2012, p. 86) e Gonçalves (2009, p. 98).

De uma forma ou de outra, certo é que o Código Civil fixou a responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores como objetiva e não mais se fundamenta na culpa presumida dos responsáveis, e sim pelo risco que estes assumiram ao ter filhos ou pela simples imposição legal de tal garantia em favor das vítimas.

É importante lembrar que a responsabilidade objetiva é dos representantes, e não dos menores, para os quais ainda se mantêm a necessidade de atuação culposa, ainda que analisada de maneira ficta (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 206).

Em suma, o critério é objetivo, prescinde da discussão de culpa porque baseado no risco ou na infringência do dever de vigilância e, em consequência, tanto de um quanto de outro, simplificam-se as discussões em favor da vítima visto que o número de possíveis excludentes de responsabilidade para os representantes diminuiu.

A posição encontra respaldo no Enunciado n. 451 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.⁴⁸

⁴⁷ Assim também Silvio Rodrigues (1997, p. 61-62), para quem desde o Código Civil de 1916 a ideia de risco era o fundamento da responsabilidade civil por fato de terceiro.

⁴⁸ O teor do Enunciado n. 451 é o seguinte: A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida. (BRASIL, 2015f).

2.2.5 A responsabilização civil do incapaz

Outra importante modificação trazida pelo Código Civil de 2002 foi a possibilidade de responsabilização do incapaz sustentada pela hipótese do art. 928. Conforme visto anteriormente, no Código Civil de 1916, embora plausível a responsabilização dos maiores de 16 anos e de seus representantes concomitantemente (ou mesmo somente do menor púbere), era impossível a imputação da obrigação de indenizar aos menores de 16 anos, estes absolutamente irresponsáveis por seus atos.

Apesar de não constituir novidade quando comparada aos ordenamentos de outros países, a possibilidade de adentrar ao patrimônio do absolutamente incapaz (ou menor impúbere) era situação inédita no direito brasileiro (SIMÃO, 2008, p. 124).

Segundo o mesmo autor, a possibilidade de responsabilização do incapaz fundamenta-se nos princípios de garantia e de assistência social, nos quais se propugna que a responsabilização do incapaz só é possível ante a necessidade de maior proteção à vítima de danos injustos. Nesse sentido, a busca pelo *status quo ante* da vítima se prende à regra de que seja às custas do ofensor sempre que possível (SIMÃO, 2008, p. 135).

No entanto, é essencial entender que, embora possível, a responsabilidade civil direta do incapaz é patente exceção no ordenamento (já dentro da exceção que é a responsabilidade civil por fato de terceiro) e, dessa forma, só será possível nos casos em que a lei assim o permitir. As hipóteses permissivas estão nas situações englobadas no art. 928, do CC/2002, no art. 116, da Lei nº 8.069/1990 e no caso de inexistência de representante legal (hipótese que pode ser inserida no art. 928) (SIMÃO, 2008, p. 153-154).

Ato contínuo, é importante salientar que o CC/2002 não trouxe previsão semelhante aos arts. 156 e 1.518, p.u., do CC/1916 (em que se discutia a solidariedade entre pais e filhos menores) e sim, ao contrário, instituiu a responsabilidade do incapaz como subsidiária e mitigada, conforme lição de Cavalieri Filho:

[...] A situação agora é outra, porque o Código Civil de 2002 não agasalhou o art. 156 do Código de 1916. E mais: em seu art. 928 só admite a responsabilização do incapaz (menor ou amental) subsidiariamente, isto é, se não for possível responsabilizar as pessoas por ele responsáveis. Logo, até os 18 anos somente os pais respondem pelos atos dos filhos. O filho menor (incapaz) só será responsabilizado se os pais não puderem ser, e nas condições previstas no art. 928, já examinado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 212).

Conforme será visto em tópico posterior, a doutrina aventou uma suposta antinomia entre o arts. 928 e 942. Porém, é possível dizer neste ponto que a responsabilização será, por regra, de seu representante (é a responsabilidade civil por fato de terceiro propriamente dita) sempre que, estando o filho menor sob sua autoridade e companhia, detiver a obrigação de fazê-lo (dever este consubstanciado no disposto nos incs. I e II do art. 932). Portanto, o incapaz responde somente subsidiariamente, quando atendidos todos os pressupostos estabelecidos pelo art. 928, a seguir melhor detalhados.

Importante ressaltar que nesse sentido também caminha o já citado Enunciado n. 41 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que recomenda como única hipótese de solidariedade entre menor de 18 anos e pais a de emancipação voluntária⁴⁹.

2.2.5.1 Pressupostos para responsabilização civil do incapaz

Como se viu, o art. 928, do CC/2002 fixa que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”, sendo importante adicionar a previsão do parágrafo único, em que “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem” (BRASIL, 2016c).

Assim, de acordo com a leitura do dispositivo legal, podem-se extrair as exigências para que ocorra a responsabilidade direta do incapaz. Conforme sistematiza Simão citando Varela (2009, p. 134-135), as exigências são as seguintes: a) a ocorrência de fato ilícito; b) a presença de dano a terceiro, decorrente do ato ilícito; c) o nexo de causalidade entre fato e dano; d) que o fato tenha sido praticado com culpa (análise por equiparação, culpa técnica); e) a impossibilidade de obtenção da reparação do dano por conta do representante legal do incapaz; f) que a equidade comporte a responsabilização do incapaz.

Os itens de letras “a”, “b” e “c” não despertam maiores divergências, visto que constituem os pressupostos da responsabilidade civil. As outras exigências serão assuntos dos próximos tópicos.

⁴⁹ O Enunciado n. 41 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal recomenda: “A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil” (BRASIL, 2015d).

2.2.5.2 A existência de culpa e a relevância de sua análise

Já se discutiu em tópico anterior a dificuldade teórica em se estabelecer a análise de culpabilidade em indivíduos incapazes, posto que desprovidos de discernimento e, em última análise, de imputabilidade conforme o entendimento de parcela da doutrina. Sendo assim, se considerada friamente essa linha de pensamento na qual culpa e imputabilidade são indissociáveis, jamais seria possível responsabilizar um menor, fosse este relativa ou absolutamente incapaz.

Contudo, a própria lei (art. 156, do CC/1916) fixava hipótese em que se equiparava o menor púbere a um maior plenamente capaz com fins de responsabilização civil. Nesse sentido, é possível dizer que se percebia uma leve mudança de paradigma, capaz de inverter a irresponsabilidade do incapaz em possibilidade de responsabilizá-lo caso atuasse com culpa, ainda que tal situação ocorra apenas para os menores púberes. No caso do CC/2002, elevou-se a dissociação entre os conceitos com a positivação do art. 928, permitindo a responsabilização também do absolutamente incapaz (GONÇALVES, 2009, p. 20-21).

De qualquer modo, com o intuito de não repetir a discussão já feita nos tópicos anteriores, impende aqui apenas salientar que mesmo com o Código Civil de 2002 se mantém a análise da culpa técnica do incapaz. Relembrando a sustentação de Cavalieri Filho (2012, p. 29 e 206), seria absurdo conferir tratamento mais severo ao incapaz quando, em situação idêntica, o plenamente capaz seria subjetivamente responsabilizado (e não objetivamente).

Assim, Simão (2008, p. 134) explica que é necessária a atribuição de culpa técnica na análise da conduta do incapaz. Em suas palavras:

A responsabilidade civil desvincula-se da idéia (sic) de que apenas os imputáveis podem ser responsabilizados por seus atos. Não se trata de buscar fundamento na responsabilidade objetiva, mas, sim, de analisar a conduta do incapaz de acordo com a seguinte ótica: se fosse capaz e tivesse praticado o mesmo ato, seria o agente do dano responsabilizado?

Se a resposta for positiva, cabe o dever de indenizar do representante do incapaz e subsidiariamente, do próprio incapaz, nos termos do artigo 928 do Código Civil. Não se pode esquecer de que o dever do representante só surge se ele tiver a obrigação de indenizar e meios para tanto, conforme se desenvolverá a seguir.

Se a resposta for negativa, ou seja, a pessoa imputável não seria responsabilizada, pois o evento decorreu de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, por exemplo, desaparece o dever de indenizar tanto do incapaz quanto de seu representante (SIMÃO, 2008, p. 135).

Contando com o pensamento assim delineado, torna-se possível a criação de ficção jurídica em que se equiparam as ações de um incapaz a um capaz. O método, que já vinha sendo utilizado sob a égide do Código Civil de 1916 para os menores púberes é denominado de equiparação de culpa técnica ou não real (SIMÃO, 2008, p. 136).

Sendo assim, torna-se plausível intuir que, pelo menos em tese, é possível que se classifique a culpa técnica do incapaz das mesmas três diferentes maneiras que costumeiramente se classificam os tipos de culpa de um indivíduo plenamente capaz, quais sejam culpa grave, culpa leve e culpa levíssima (SIMÃO, 2008, p. 192-193).

Com isso, abre-se margem a uma discussão bastante pertinente quanto ao *totum* indenizatório: questiona-se se seria possível a aplicação dos arts. 944, parágrafo único, e 945 juntamente ao art. 928, todos do CC/2002 (SIMÃO, 2008, p. 193-194).

A culpa grave ocorre quando o agente atua com “grosseira falta de cautela”, isto é, quando conscientemente atua com previsão do resultado. Já a culpa leve pode ser representada pela situação em que o agente, se tivesse atuado com atenção meramente ordinária do homem comum, evitaria o dano. Por sua vez, a culpa levíssima é caracterizada pela ausência de atenção extraordinária, de que dependeria perícia especial ou singular (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 39).

Pertinente a essa classificação, o parágrafo único do art. 944⁵⁰ trata da aplicação da equidade na fixação do *quantum* indenizatório caso constatada desproporcionalidade entre a gravidade da culpa e o dano. A hipótese ocorre quando o agente obrou com culpa levíssima ou leve⁵¹, porém o dano se mostrou grande. O dispositivo legal também fixa a equidade, motivo pelo qual é coerente entender que a hipótese é absorvida pelo art. 928, não havendo “cumulação de equidades”.

Já o art. 945⁵² trata da hipótese de causalidade concorrente. Embora o próprio dispositivo mencione “culpa concorrente”, é necessário ressaltar que tal expressão não parece dirigir-se conforme a melhor técnica legislativa. Nesse sentido, importante mencionar a lição de Rafael Peteffi da Silva, para quem:

⁵⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (BRASIL, 2016c).

⁵¹ O que importa, conforme o texto legal, é a desproporção entre o dano e o grau de culpa.

⁵² Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (BRASIL, 2016c).

Nos casos em que se observa uma conduta culposa por parte do agente e da vítima, contribuindo para a causação de um mesmo dano, a doutrina se depara com a controvérsia entre repartir a indenização segundo um critério de contribuição causal dos corresponsáveis, ou segundo o grau de culpa que reveste o ato de cada um. [...]

Entretanto, a melhor doutrina não comunga com a opinião de Rui Stoco, acreditando que a responsabilidade do ofensor deve ser dirimida se a vítima contribuiu para o dano observado. Contudo, vale ressaltar que a opinião dos referidos autores funda-se na crença de que a dita ‘culpa concorrente’ se consubstancia, na realidade, em uma concorrência de causas. [...]

Registre-se que a maioria dos autores modernos, entre eles Aguiar Dias, Fernando Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino e Sérgio Cavalieri Filho, comunga com tal linha de raciocínio, ou seja, a que acredita ser mais adequado mencionar-se a expressão ‘concorrência causal’ ao invés de ‘concorrência de culpas’. **Essa preferência terminológica deve-se ao fato de os autores acreditarem que a melhor aplicação do instituto é exatamente através do grau de participação de cada agente para a consecução do dano** (s/ grifos no original) (SILVA, 2013, p. 234-235).

Ademais, em breves linhas, os arts. 928, 944, parágrafo único, e 945 do CC/2002 preveem hipóteses em que se faz possível a fuga à regra geral da responsabilização integral pelo dano, quer seja pela redução equitativa dos arts. 928 e 944, quer seja pela redução ante contribuição recíproca pelo dano (SIMÃO, 2008, p. 194).

Para Simão (2008, p. 195-196), a aplicação cumulativa dos arts. 928 e 945 é perfeitamente possível por meio de nova consideração da ficção legal da culpa técnica. Além disso, a aplicação do art. 945 é possível mesmo quando a vítima também é inimputável, ante a prevalência do tratamento igual das pessoas iguais⁵³. Para o autor, portanto, deve-se prolongar a ficção a fim de analisar os graus de culpa (causação de dano) e, se for o caso, aplicar os institutos dos arts. 928 e 945 cumulativamente.

De fato, não se vislumbram empecilhos a ensejar a inaplicabilidade dos dispositivos supracitados, motivo pelo qual se faz plausível tal cumulação – hipótese que, como visto, já é respaldada pela jurisprudência.

2.2.5.3 A impossibilidade de reparação do dano pelos representantes legais

O segundo ponto que merece análise é a verificação dos dois requisitos que dizem respeito aos representantes, quais sejam as situações em que os representantes legais não

⁵³ Nesse sentido, existe julgado que traduz a aplicação da hipótese em comento, como se observa no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação cível n. 70063477533 (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

possuam a obrigação de reparar o dano e quando não possuam os meios suficientes para fazê-lo.

2.2.5.3.1 Quando os representantes não possuem a obrigação de reparar o dano

Quatro são as hipóteses nas quais os representantes não possuem a obrigação legal de reparar o dano do incapaz: a) quando o dano é causado por pródigo; b) quando o filho menor não está sob autoridade e na companhia dos pais; c) quando o menor é emancipado; d) quando a hipótese for de força maior ou caso fortuito (SIMÃO, 2008, p. 158-186).

A primeira hipótese não traz maiores complicações. A prodigalidade retira a obrigação dos representantes em responder pelos danos causados com base em dois argumentos: i) o pródigo é considerado imputável no que se refere aos atos ilícitos, pois possui discernimento e aptidão para manifestar vontade e; ii) o art. 932, inc. I exige o exercício de autoridade e companhia por parte do representante.

Para Simão (2008, p. 160-162), em regra, está ausente o poder diretivo dos representantes em relação ao pródigo, pois a decretação da condição de pródigo restringe-se aos atos negociais com intuito de manutenção de patrimônio mínimo do indivíduo. Além do mais, a situação de filho pródigo menor é muito pouco provável, fato que é muito mais recorrente em filhos maiores.

A segunda e a terceira hipóteses, isto é, a exigência de autoridade e companhia dos pais a filhos menores e a emancipação e guarda do menor, respectivamente, acompanham o que já foi comentado anteriormente. Como se viu, “autoridade” traduz o exercício do poder familiar (antes denominado pátrio poder), e está insculpido agora nos arts. 1.630 e seguintes⁵⁴.

⁵⁴ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

Quanto à emancipação, viu-se que a doutrina majoritária considera que a emancipação legal, ao contrário da voluntária, exonera os pais da responsabilidade pelos atos dos filhos como regra.

Quanto à guarda, cabe recordar que a situação de estar a guarda com apenas um dos pais não retira necessariamente o poder diretivo exercido por ambos. É que o termo “companhia” possui importância fática e jurídica, pois não significa tão somente a presença física do filho aos olhos dos pais, e sim traduz o dever de vigilância ininterrupto dos pais sobre os filhos. De qualquer modo, autoridade e companhia são requisitos cumulativos por regra, cabendo análise casuística (SIMÃO, 2008, p. 162-164).

Vale relembrar que em momento posterior (capítulo 3) serão discutidas as questões aventadas na jurisprudência.

A quarta e última hipótese diz respeito à prova, por parte dos responsáveis, de ocorrência de situação de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima. Como se percebe, são todas espécies que visam elidir o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano. Rememorando o comentado anteriormente, impende destacar também a possibilidade de se provar que o menor não atuou com culpa (a análise de culpa técnica), o que elidiria por via de consequência a responsabilização de seus representantes (SIMÃO, 2008, p. 178).

2.2.5.3.2 Quando os representantes não possuem os meios suficientes para reparar o dano

A segunda situação relativa à irresponsabilidade dos representantes perante os atos dos filhos menores desperta interessante discussão doutrinária. É a hipótese em que os representantes não possuem “meios suficientes” para arcar com a indenização.

Simão (2008, p. 186-187) alerta que é possível interpretar a locução “meios suficientes” sob três vistas: a) pela operabilidade do sistema; b) por uma visão subjetiva que envolve a consideração do estado patrimonial dos representantes; ou c) considerando a divisão da indenização entre representantes e incapaz.

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL, 2016c).

A primeira visão traz maior facilidade de resolução das demandas judiciais, pois bastaria a confrontação dos valores do patrimônio e da indenização para caracterizar ou não a responsabilização direta do incapaz. Caso ultrapasse o valor da indenização, o patrimônio dos representantes responderá pelo valor; caso contrário, o incapaz será diretamente responsabilizado, atendidos os outros pressupostos do art. 928 (SIMÃO, 2008, p. 188-190).

A segunda visão coaduna-se com o aspecto social do direito civil ao considerar o impacto que a indenização poderia causar aos representantes. A situação pode ser observada no caso em que, embora o patrimônio dos representantes se mostre suficiente para suprir os valores indenizatórios, o pagamento destes reduziria os genitores ao estado de penúria, isto é, abaixo de um patrimônio mínimo. Assim, a consequência extrema aos representantes tornaria o incapaz responsável direto pela indenização, ante a ausência de “meios suficientes para indenizar” dos representantes, isentando estes de qualquer obrigação (SIMÃO, 2008, p. 188-190).

A terceira visão, para Simão (2008, p. 190-191) mais harmônica com os princípios da dignidade da pessoa humana, trata da divisão da indenização entre representantes e incapaz, diante do alto impacto que a indenização causaria se fosse cobrada totalmente dos primeiros. Tal opção respeitaria não somente os direitos da vítima em ser indenizada, como também manteria um patrimônio mínimo para os representantes ao mesmo passo em que responsabilizaria o incapaz por seus próprios atos. Pode-se dizer que é uma espécie de equidade aplicada para ambos.

A doutrina diverge acerca de qual seria a visão mais adequada. Para o presente trabalho, considerando a lógica do sistema civil brasileiro até aqui apresentada, a segunda corrente é a mais adequada. Explica-se.

A regra de fixação do *quantum* indenizatório prevista no ordenamento brasileiro segue o princípio da integralidade, forte na disposição do art. 944, do CC/2002. Nessa senda, quaisquer exceções à aplicação da integralidade no montante de ressarcimento necessitam de previsão legal, como é o caso da possibilidade de fixação da equidade como critério de quantificação da indenização devida pelos incapazes.

Nessa mesma linha de raciocínio, a aplicação da equidade ao incapaz é benefício a este conferido devido à sua incompleta desenvoltura intelectual, situação que não se repete em relação a um indivíduo plenamente capaz. Caminha nesse sentido a doutrina estrangeira que, segundo Simão (2008, p. 152), considera que a redução da indenização somente pode

beneficiar o incapaz porque este é o indivíduo que possui razões para ter favorecimentos legais.

Assim, pode-se dizer que a lógica do sistema foi permitir a responsabilização do incapaz dando maior amparo à vítima do dano injusto, mas somente em situação excepcional, adotando a equidade como mecanismo de mitigação do *quantum* indenizatório. Então, se a benesse é taxativamente prevista somente ao incapaz, é possível afirmar que inexistem motivos a ensejar a aplicação do mesmo benefício como restrição do *quantum* indenizatório devido pelos representantes. Portanto, das três correntes apresentadas, a segunda é a que melhor se coaduna com o raciocínio supracitado.

Quanto à primeira corrente, apesar de atender à operabilidade preconizada pelo CC/2002, é possível dizer que a sua adoção traduziria violação aos pilares do Código Civil que propugnam pela proteção da dignidade da pessoa humana (SIMÃO, 2008, p. 188-190).

Quanto à terceira corrente, adotá-la significaria presumir uma solidariedade⁵⁵ não prevista em lei, uma vez que se estaria colocando ao encargo de pais e filhos o dever de reparar conjuntamente. Vale relembrar mais uma vez o supracitado Enunciado n. 41, do Conselho da Justiça Federal, que indiretamente rechaça a terceira corrente ao recomendar como única hipótese de solidariedade entre pais e filhos menores a emancipação voluntária.

Ainda quanto à terceira corrente, é importante notar que não se poderia aplicar forçadamente a redução equitativa prevista na hipótese de desproporção de culpa levíssima e dano para os representantes⁵⁶, pois não há que se falar em culpa dos responsáveis para configurar sua responsabilidade (é necessário lembrar que o fundamento atual é o da teoria objetiva).

Dessa forma, a solução proposta seria analisar se a indenização teria o condão de reduzir os representantes ao estado de penúria, caso em que o incapaz deveria ser considerado diretamente responsável pela obrigação de reparar o dano. A equidade não poderia ser aplicada aos representantes devido à ausência de autorização legal nesse sentido, mas somente ao incapaz.

⁵⁵ Ou mesmo uma subsidiariedade, como prefere Simão (2008, p. 190).

⁵⁶ Previsto no parágrafo único do art. 944, do CC/2002 (BRASIL, 2016c).

Aponta-se o Enunciado n. 39 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁵⁷, que apesar de ser inconclusivo se lido isoladamente, em combinação com o Enunciado n. 41 supracitado, adota a segunda corrente.

2.2.6 A equidade como parâmetro

Outra questão a ser analisada no tocante à responsabilidade do incapaz gira em torno da fixação da equidade como parâmetro de redução ou restrição do dever de indenizar, como previsto pelo parágrafo único do art. 928, do CC/2002.

O dispositivo legal destaca que a indenização será equitativa, mas não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. Portanto, a responsabilidade civil do incapaz é de excepcional incidência, sendo exceção ao princípio da reparação integral, pois pode ter a equidade como fator redutor do montante indenizatório (SIMÃO, 2008, p. 136).

Para aplicar o princípio da equidade, deve o juiz pautar-se por critério objetivos, sempre com o intuito de abrandar o rigor das normas (SIMÃO, 2008, p. 137).

Simão (2008, p. 138-139) sustenta que a decisão que aplica a equidade deve afastar-se do sentimentalismo, não podendo caracterizar-se como “equidade cerebrina”, desprovida de razão científica. O mesmo autor traça uma sequência a ser seguida pelo magistrado, *in verbis*:

1. A decisão inicia-se com a fixação do valor efetivo do prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, segue-se a regra do artigo 944 do Código Civil pelo qual a indenização se mede pela extensão do dano.
2. Faz-se uma análise do impacto econômico para o incapaz e pessoas que dele dependem e, então, conclui-se:
 - 2.1 O valor fixado não priva o incapaz, nem pessoas que dele dependam do necessário e, portanto, o incapaz pagará a indenização integral (nos termos do *caput* do art. 944). Esta é a regra.
 - 2.2 O valor é elevado e privará o incapaz ou as pessoas que dele dependam do necessário. Aplica-se a equidade, motivando-se a decisão, e, então, a indenização não será integral, mas, sim, reduzida de acordo com o caso concreto. Nesse caso, indica o juiz

⁵⁷ O Enunciado n. 39 recomenda: Art. 928: a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade. (BRASIL, 2015b).

que o valor da condenação está adequado ao preceito do parágrafo único do art. 928, atendendo ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana do incapaz (SIMÃO, 2008, p. 138-139).

Ademais, Simão (2008, p. 139) ressalta que o magistrado somente poderá invocar a equidade quando a indenização puder privar do necessário o incapaz e as pessoas que deste dependam, sob pena de nulidade da decisão. Alguns julgados já se debruçaram sobre o tema seguindo a linha de raciocínio expostas⁵⁸.

2.2.7 Outras hipóteses de responsabilidade civil direta do incapaz

Por fim, ainda existem duas outras possibilidades para responsabilizar diretamente o incapaz.

A primeira diz respeito à situação em que não há representantes legais. A situação se torna possível quando os pais, tutores ou curadores do incapaz falecem e não é nomeado outro em seu lugar⁵⁹. Nesse caso, a responsabilidade do incapaz, embora mitigada pela equidade, é direta e segue as observações anteriormente expostas (SIMÃO, 2008, p. 154).

A segunda traz a disposição do art. 116, da Lei n. 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que fixa a necessidade de que o menor que cometeu ato infracional com reflexos patrimoniais devolva a coisa, promova o ressarcimento ou compense o prejuízo da vítima, se for o caso. Sobre o tema, ressalta-se aqui o Enunciado n. 40 da I Jornada do Conselho da Justiça Federal:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas. (BRASIL, 2015c).

⁵⁸ A título exemplificativo, pode-se citar o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível n. 0005571-40.2009.8.26.0291 (SÃO PAULO, 2014a).

⁵⁹ Exemplificativo é o acórdão já citado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação cível n. 70063477533 (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Percebe-se que o supracitado enunciado evidencia a meta de ressocialização do infrator trazida pela norma, conquanto há a fixação de uma indenização equitativa, sem o intuito de reparação, próprio da responsabilidade civil (SIMÃO, 2008, p. 157-158).

2.2.8 Suposta antinomia entre os arts. 928 e 942, do CC/2002

Discutiu-se anteriormente a celeuma doutrinária quanto à existência ou não da solidariedade entre pais e filhos quando o dano é causado por menor púbere, dadas as previsões dos arts. 156 e 1.518, parágrafo único, do CC/1916. Viu-se que havia argumentações tanto por uma quanto por outra opção, mas que prevalecia o entendimento de que a solidariedade é a regra.

Como ensina Cavalieri Filho (2012, p. 212), o Código Civil de 2002 revogou o antigo art. 156 e estabeleceu em seu art. 928 a responsabilidade subsidiária do incapaz (como gênero). Porém, ante a confrontação do art. 928 e da previsão contida no art. 942, parágrafo único⁶⁰, estabeleceu-se controvérsia quanto à natureza da responsabilidade do incapaz, se subsidiária ou se solidária com os representantes.

Em tópicos anteriores, já se defendeu a subsidiariedade da responsabilidade do incapaz, porém faz-se necessário discutir mais profundamente qual teria sido a opção legislativa quanto à questão em voga, se subsidiária e protetiva ao incapaz nos termos do art. 928 ou se solidária e protetiva à vítima, de acordo com o art. 942 (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 206-208).

Na observação de Simão (2008, p. 209), apesar de não serem opostos, subsidiariedade e solidariedade são institutos que produzem “efeitos inconciliáveis entre si”. A solidariedade, quando vista do polo passivo, faz com que a vítima possa cobrar o todo de qualquer uma das partes, enquanto a subsidiariedade não dá essa escolha, sendo o credor obrigado a perquirir apenas um dos devedores em um primeiro momento (o segundo só será afetado em caso de insucesso na execução do primeiro).

O mesmo autor, defendendo a prevalência do art. 928, do CC/2002 e, portanto, a subsidiariedade da responsabilidade do incapaz, argumenta que essa é a opção que melhor se

⁶⁰ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932 (BRASIL, 2016c).

adequa com o sistema estabelecido pelo Código Civil, visto que apesar de ter estendido à vítima mais possibilidades de obter o ressarcimento de danos, o ordenamento não perdeu a sensibilidade para com os desprovidos de discernimento (SIMÃO, 2008, p. 222-224).

Na mesma linha de raciocínio, caso se opte por combater a suposta antinomia, bastaria aplicar a regra da especialidade, já que o art. 928 engloba situação mais específica que o art. 942, devendo prevalecer sobre o último. Anota-se ainda que inexistente hipótese de responsabilidade solidária entre incapaz e representante no diploma civil⁶¹ (SIMÃO, 2008, p. 223-224).

De um modo geral, a doutrina caminha no mesmo sentido de Simão, podendo-se destacar os pensamentos de Cavalieri Filho (2012, p. 212), Gonçalves (2009, p. 21) e Venosa (2012, p. 90). Este último, por sua vez, embora critique o dispositivo em comento, não nega que a fixação legal é a de subsidiariedade, como se observa no trecho a seguir colacionado:

[...] Os pais respondem primeiramente com seu patrimônio. Se não tiverem patrimônio suficiente, poderá ser atingido o patrimônio do menor. [...] O princípio pode jogar por terra toda a construção jurisprudencial anterior e, a nosso ver, deve ser repensado, pois o risco de situações sem ressarcimento será grande (VENOSA, 2012, p. 90).

Em sentido oposto à doutrina, observa-se o Projeto de Lei n. 267/2007 que busca reescrever o art. 928 para permitir a solidariedade entre os pais e o incapaz, mantida a aplicação da equidade para o último⁶². Tal projeto, que também modifica outros dispositivos do diploma civil, permanece arquivado desde 2010. Contudo, apresenta parecer favorável à sua aprovação sem justificar especificamente as razões jurídicas para tanto.

Apesar disso, diante de todo o supracitado, é possível entender que a responsabilidade do incapaz deve ser vista como subsidiária e não solidária.

⁶¹ Existe somente a recomendação do já supracitado Enunciado n. 41, que propugna a solidariedade entre pais e filhos menores somente no caso de emancipação voluntária.

⁶² Caso aprovada a modificação, a redação ficaria assim: “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, observado o disposto no art. 932 e parágrafo único do art. 942. (BRASIL, 2015a).

2.2.9 Ação de regresso entre corresponsáveis

Por derradeiro, é importante salientar que a previsão da possibilidade de ação regressiva em face do indivíduo causador do dano não é aplicável à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores por expressa vedação do art. 934⁶³ (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 219).

Gonçalves, calcado nas lições de Pontes de Miranda, sustenta a possibilidade de que:

[...] ‘o pai, nada podendo reaver do filho, pode, no entanto, ir à colação’, consequência que o exímio jurista deduz da interpretação conjugada dos arts. 1.524 e 1.793 (do CC de 1916, correspondentes aos arts. 934 e 2.010 do atual), e que se não pode deixar de aceitar, sob pena de enfrentar inconciliável contradição entre esses dispositivos. Assim, os gastos extraordinários representados pelo ressarcimento do prejuízo poderão ir à colação (GONÇALVES, 2009, p. 128).

De qualquer modo, é possível ação de regresso entre representantes, quando apenas um deles tiver arcado com toda a indenização e houver a diferenciação entre os graus de culpa entre os genitores (SIMÃO, 2008, p. 144-145).

Contudo, a hipótese é de ação autônoma e é importante notar que esse é o único momento em que se faz pertinente a discussão de culpa dos representantes (mesmo que seja em lide diversa, porém conexa). Em suma, a ação de regresso entre representantes somente se aplica quando a obrigação puder ser dividida entre os corresponsáveis e apenas um deles arcou com o *totum* indenizatório (SIMÃO, 2008, p. 144-145).

Por fim, sobre o tema, é interessante citar o conteúdo do Enunciado de n. 450 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim recomenda:

Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores (BRASIL, 2015e).

⁶³ Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz (BRASIL, 2016c).

2.3 Breve comparativo entre os Códigos Civis de 1916 e de 2002

Antes de prosseguir, é importante sistematizar o que foi visto até este ponto com o intuito de melhor comparar os institutos para a análise jurisprudencial que se segue.

A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores no Código Civil de 1916 era subjetiva com presunção de culpa dos pais, desde que os filhos estivessem sob seu poder e companhia. Embora presente a celeuma, viu-se que era necessária a demonstração de culpa do menor em seu agir (a análise feita de maneira ficta ao menos para os menores púberes), não bastando a mera averiguação do nexo de causalidade entre o ato do menor e o dano.

Além disso, os menores de 16 anos jamais respondiam por seus atos, cabendo aos pais, diretamente, o dever de indenizar. Já os maiores de 16 e menores de 21 anos estavam sujeitos a responder solidariamente com seus pais, embora houvesse doutrina defendendo a exclusividade na responsabilidade dos menores púberes.

Ato contínuo, a emancipação voluntária – segundo a doutrina majoritária – não exoneraria os pais do dever de indenizar. Por fim, a não detenção da guarda do menor, por si só, não elidia a responsabilidade dos pais, devendo o genitor demonstrar a ausência de poder diretivo sobre os atos do menor para ser exonerado do dever indenizatório.

Já no Código Civil de 2002 a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores passou a ser objetiva, remanescendo, no entanto, a necessidade de demonstração de culpa do menor em seu agir, nos mesmos termos de antes. Importante notar que foi modificada a teoria das incapacidades com a redução da idade para alcançar a capacidade civil (de 21 para 18 anos).

No diploma atual, é possível a responsabilização também do absolutamente incapaz (menor de 16 anos), desde que atendidos os pressupostos do art. 928 e de maneira subsidiária e mitigada (quando o representante legal não tiver a obrigação de indenizar ou quando não dispuser de meios suficientes e desde que o pagamento efetuado pelo incapaz não lhe prive do necessário ou às pessoas que dele dependem).

Os institutos da guarda e da emancipação permanecem basicamente com as mesmas características e discussões desde o Código Civil de 1916, com as ressalvas delimitadas nos tópicos anteriores.

3 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DOS FILHOS MENORES E SEUS DESDOBRAMENTOS

Traçado o panorama geral sobre as discussões doutrinárias, chega o momento em que o presente trabalho analisará a jurisprudência dos Tribunais ao longo das décadas, comparando se há sintonia ou não com as conclusões até então demonstradas. Como apontado no início deste trabalho, a intenção é buscar a conexão entre o conhecimento teórico e suas aplicações práticas, comparação essa ainda não muito bem delineada pela literatura nacional. O objetivo é o de que, ao final da análise, seja possível traçar o atual estado da arte da jurisprudência nacional sobre a matéria.

3.1. A mudança do paradigma da responsabilidade e a solidariedade

Para Alvino Lima (1973, p. 299), a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (STF) relativa à responsabilidade civil pelo fato de outrem de um modo geral foi “uniforme e constante” desde a entrada em vigor da lei civil de 1916, com exceção da responsabilidade dos preponentes em relação aos prepostos (art. 1.521, inc. III, do CC/1916). De fato, é possível observar que as maiores preocupações do STF à época se concentravam em discutir tal hipótese, porquanto as buscas são pouco férteis quando relacionadas à responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos menores.

De qualquer modo, encontram-se alguns acórdãos exemplificativos concernentes à matéria. Conforme discutido anteriormente, havia celeuma quanto ao fundamento da responsabilidade dos pais em relação aos atos ilícitos dos filhos menores, se subjetiva com culpa provada ou presumida ou ainda se objetiva.

No STF encontram-se alguns acórdãos sobre a matéria, como o do Recurso Extraordinário n. 25.107/MG, de 1954, no qual se considerou presumida a culpa dos pais por atos dos filhos. O caso referia-se a lesão de menor impúbere a outro e, em virtude dos pais não terem logrado provar a sua ausência de culpa, o rel. Min. Ribeiro da Costa condenou estes ao pagamento de indenização (BRASIL, 1954).

Em 1957, o STF julgou a matéria de maneira diversa no RE n. 36.124/CE. No feito, o rel. Min. Candido Motta Filho fundamentou sua decisão na teoria da culpa provada (isto é, contrária à presunção de que os pais é que deveriam provar sua inocência) (BRASIL, 1958).

Não obstante, muito mais numerosos são os casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O tribunal em comento, criado em meados de 1988⁶⁴ e desde então competente para a uniformização da jurisprudência de leis federais, passou a analisar a matéria da presunção de culpa dos pais em momento em que a discussão já não mais acalentava grandes setores da doutrina. Assim, observa-se que a posição mais respaldada pela jurisprudência era a mesma sustentada por Alvino Lima, isto é, entendia-se que o fundamento da responsabilidade dos representantes era a culpa presumida de maneira relativa.

Nessa senda, é possível observar que a grande maioria dos acórdãos do STJ caminha no sentido de presumir a culpa dos pais⁶⁵.

Com o advento do Código Civil de 2002, a responsabilidade passou a ser objetiva e, ante à clareza normativa, a jurisprudência pacificou a matéria, como se percebe em inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶ e também dos Tribunais Estaduais⁶⁷.

É por isso que a discussão acerca da natureza da responsabilidade dos pais somente ganha contornos interessantes quando focada sob outro ponto, traduzido pelo confronto dos arts. 156 e 1.518, parágrafo único, do Código Civil de 1916 (solidariedade entre pais e filhos menores púberes) e dos arts. 928 e 942, Código Civil de 2002 (subsidiariedade ou solidariedade entre pais e filhos).

3.1.1 A responsabilização solidária entre filhos menores e pais

3.1.1.1 No Código Civil de 1916

Como dito anteriormente, ponto marcante na jurisprudência se observa na discussão quanto à solidariedade ou não entre filhos menores púberes e pais, hipótese em que se

⁶⁴ Informação obtida pelo site do STJ (BRASIL, 2015i).

⁶⁵ Observa-se o entendimento nos acórdãos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 99.834/MG (BRASIL, 1996) e do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 466.902/RS (BRASIL, 2003);

⁶⁶ A título exemplificativo, colacionam-se as referências dos julgados que demonstram a mudança da responsabilidade para a modalidade objetiva: Recurso Especial n. 1.319.626/MG (BRASIL, 2013a); Recurso Especial n. 1.135.988/SP (BRASIL, 2013b);

⁶⁷ As referências de alguns acórdãos marcantes são as que seguem: Apelação Cível nº 70042636613 (RIO GRANDE DO SUL, 2015a); Apelação Cível nº 0009775-59.2009.8.26.0637 (SÃO PAULO, 2013b); e Apelação Cível n. 2013.055319-2 (SANTA CATARINA, 2015b).

confrontavam as disposições dos arts. 156 e 1.518, parágrafo único, do CC/1916. Em momento anterior, viu-se que a doutrina divergia, prevalecendo a solidariedade como regra.

Na jurisprudência nacional é possível perceber que, na maioria dos casos, atendia-se como regra ao critério de solidariedade entre pais e filhos, podendo os primeiros eximirem-se da responsabilidade se demonstrassem ausência de atuação culposa. É o que se extrai da grande maioria dos acórdãos encontrados, sendo exemplificativo o voto do rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do REsp n. 13.403/RJ, no qual se discutia o dever de indenizar danos irreparáveis a uma prancha de *surf* (BRASIL, 1995).

No caso, a vítima ajuizou ação condenatória em face do genitor e debatia-se a pertinência da solidariedade deste com seu filho, menor púbere. O Ministro assim decidiu:

[...] A propósito, **tem entendido a jurisprudência que subsiste a responsabilidade solidária dos pais do menor entre 16 e 21, não obstante a regra contida no art. 156 do Código Civil, decorrendo essa solidariedade de imposição legal, por força do art. 1.518, parágrafo único do Código Civil.** [...]

À luz desse entendimento, conclui-se que a lei faculta à vítima do dano mover a ação contra o menor de 16 a 21 anos, contra seus pais ou mesmo contra ambos se assim entender. Visa, com isso, a assegurar o efetivo ressarcimento do dano, pelo fato de os menores púberes, via de regra, não possuírem condições financeiras para responder pelos danos. Pretendeu o legislador, assim, ampliar a possibilidade de se efetivar a pronta reparação do ilícito. [...] (s/ grifos no original) (BRASIL, 1995).

De fato, o entendimento era aplicado mesmo em decisões monocráticas, o que atestava entendimento praticamente pacífico do Superior Tribunal de Justiça⁶⁸.

Porém, não se pode descuidar da existência de alguns julgados definindo a responsabilidade como exclusiva do menor púbere como regra (e não exceção). Exemplificativo da situação é o voto do rel. Min. Aldir Passarinho Júnior no REsp n. 392.099/DF de 07 de março de 2002⁶⁹, conforme fragmento a seguir relacionado:

Com efeito, **a responsabilidade dos pais decorrente do pátrio poder vai, evidentemente, até os limites em que a lei lhes atribuir o ônus do dever de educação, orientação e vigilância sobre os atos dos filhos menores**

⁶⁸ Os acórdãos que mostram o entendimento são os seguintes: Recurso Especial n. 1.012.576/MG (BRASIL, 2010a); Agravo em Recurso Especial n. 127.450/RJ (BRASIL, 2014b); Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 466.902/RS (este já citado anteriormente) (BRASIL, 2003).

⁶⁹ No mesmo sentido é o acórdão do AgRg no Agravo em REsp n. 471.411/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 13 de maio de 2014, em que se considerou configurada exceção e responsabilizou solidariamente os pais, citando o acórdão em destaque (BRASIL, 2014a).

impúberes ou púberes. Nesta última situação, do menor púbere, caso dos autos, em que o causador do acidente era estudante de medicina e tinha dezenove anos ao falecer, achando-se legalmente habilitado para dirigir veículo de passeio, não se pode, apenas por isso, pretender como responsáveis seus pais. Para a prática daquele ato, qual seja, a condução de automóvel particular, ele era **considerado apto pelo Poder Público**, por ser maior de dezoito anos e aprovado nos exames pertinentes – prático, teórico e psicotécnico. Quanto a isso ele era independente dos pais. **Não há que se exigir o exercício do pátrio poder além desses limites, salvo, é claro, as exceções exemplificadas acima, em que notório um comportamento incompatível do filho sob a guarda dos pais, como alcoólatra, drogado, sob tratamento médico com administração de soníferos, etc, ainda assim eles se eximissem de adotar providências para resguardar a sua segurança e a de terceiros.** [...] (s/ grifos no original) (BRASIL, 2002).

A situação apta a ensejar a solidariedade apontada pelo Ministro relator cinge-se para o caso do automóvel pertencer aos pais, momento em que se caracterizaria a *culpa in eligendo*, já que os genitores estariam, nesse caso, confiando a condução do veículo à pessoa habilitada, porém imprudente (na verdade, parece tratar-se de hipótese em que há responsabilidade pela coisa, na figura do proprietário).

Esse entendimento também encontra guarida no acórdão do REsp n. 94.643/RJ⁷⁰. No caso, excluiu-se o pai do polo passivo ao argumento de que o menor púbere reunia condições que tornavam insensato responsabilizar o pai por suas condutas, já que à época do sinistro o réu, cursando faculdade, residia em outra cidade, possuía vinte anos de idade e habilitação para dirigir, além de estar em companhia do tio no momento do acidente.

Assim, percebe-se que o STJ encontrou hipóteses para desconsiderar a solidariedade entre filhos menores púberes e pais afastando a incidência conjunta dos arts. 156 e 1.518, parágrafo único, ao argumento de que esses últimos não teriam meios para exercer o dever de vigilância em algumas situações, sendo imperioso o afastamento da presunção de culpa dos pais⁷¹.

Para tanto, os magistrados consideravam que, nesses casos, o dever de vigilância era verdadeira ficção, posto que inexequível a direção dos atos do filho menor pelos pais. Desse modo, fazia-se possível a responsabilização direta e exclusiva do menor púbere.

Contudo, é importante perceber que a tese de exclusividade não era amplamente aceita, fato que se nota na própria composição do acórdão do REsp n. 94.643/RJ. Na

⁷⁰ Acórdão do Recurso Especial n. 94.643/RJ (já citado anteriormente) (BRASIL, 2000a).

⁷¹ Nesse sentido há julgado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina do Agravo de Instrumento n. 2004.035164-8 (SANTA CATARINA, 2005a).

declaração de voto vencido, o Min. Nilson Naves demonstrava a necessidade de que se mantivesse a solidariedade com o intuito de proteger a vítima bem como apresentava o embate doutrinário acerca da matéria. Em suas razões, o Min. Nilson Naves assentou que:

No estágio atual, **o que me parece é que se presume a culpa dos pais, conforme a lição de Caio Mário, ou que se trata de responsabilidade objetiva, consoante a observação de Silvio Rodrigues**. Em assim sendo, verifico que, no caso, o **pai também é responsável pela reparação civil, pois o filho não deixara de estar sob seu poder**, conquanto se ausentasse para estudos em cidade vizinha. (s/ grifos no original) (BRASIL, 2000a).

Nessa senda, nos julgados em que se fixou a responsabilidade exclusiva do menor púbere, não se tratou de analisar a culpa dos pais propriamente dita, mas tão somente de desconsiderar a presunção de negligência e elidir a solidariedade de pronto, cabendo à vítima provar que o pai teria obrado em culpa. Em outras palavras, como se viu, transformou-se a presunção de culpa dos pais em assunção de que estaria ausente o poder diretivo do pai em relação ao incapaz e considerou-se que o dever de vigilância era fictício, posto que inexecutável pelos genitores.

De qualquer modo, nota-se que os acórdãos do STJ que sustentam a regra de solidariedade entre pais e filhos são muito mais numerosos.

Observa-se também que, em sua maioria, os Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais⁷² acompanhavam a primeira orientação do STJ, isto é, firmaram entendimento no sentido de que a regra era a solidariedade entre pais e filhos menores púberes.

Por derradeiro, é importante notar que a celeuma apontada se restringia à hipótese de acidente de trânsito causado pelo filho menor, situação em que havia descompasso entre a legislação administrativa e civil (como se comentou em tópicos anteriores). De fato, em eventos danosos de outra natureza (como é o caso dos danos na prancha de *surf*), não foram localizados julgados assentando tese diversa da solidariedade entre pais e filhos menores.

Ademais, é essencial que se diga que, nos termos acima expostos, a celeuma cessou com o advento do Código Civil de 2002, momento em que se reduziu a idade de aquisição da

⁷² Exemplificativos são os acórdãos: da Apelação Cível n. 2000.023153-3 (SANTA CATARINA, 2004); da Apelação Cível n. 0020857-40.2005.8.26.0019 (SÃO PAULO, 2013a); dos Embargos de declaração n. 70012994380 (RIO GRANDE DO SUL, 2006); e da Apelação cível n. 1.0105.01.041144-2/001 (MINAS GERAIS, 2008).

capacidade civil para 18 anos e se corrigiu o descompasso entres as leis civis e administrativas. Além disso, ao tornar objetiva a responsabilidade dos responsáveis, eliminou-se também a discussão de culpa dos genitores. Sobre o tema, explica Cavalieri Filho que:

Na vigência do Código de 1916 havia um descompasso entre essa realidade e a maioridade estabelecida em 21 anos de idade. A lei conferia ao menor habilitado para dirigir uma liberdade de ação que não permitia aos pais o exercício do dever de vigilância. [...] O Código de 2002 praticamente eliminou essa problemática ao reduzir a maioridade para 18 anos (art. 5º), idade em que o jovem moderno está plenamente capacitado para gerir sua própria vida. A partir daí os pais não mais serão responsáveis pelos atos dos filhos, salvo se houver solidariedade – como, por exemplo, no caso de empréstimo do veículo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 210-211).

Não obstante, apesar de extinta a discussão nos termos anteriormente expostos, surgiu nova controvérsia quanto à solidariedade entre pais e filhos menores no Código Civil de 2002. Passar-se-á à análise de tal questão.

3.1.1.2 No Código Civil de 2002

Como discutido anteriormente, o CC/2002 modificou a responsabilidade pelo fato de outrem tornando-a objetiva (art. 933). Assim, não mais se discutiu acerca da presunção ou não de culpa dos representantes, seguindo-se os ditames legais no sentido de desnecessidade de análise do elemento subjetivo em relação aos genitores.

Além disso, conforme também exposto, a nova lei civil não trouxe dispositivos semelhantes aos antigos arts. 156 e 1.518, parágrafo único, núcleo do tema discutido no tópico anterior a este.

Contudo, embora ultrapassadas tais celeumas, a doutrina apontou nova controvérsia ao sugerir suposta antinomia entre os novos arts. 928 e 942, que fixam, respectivamente, a subsidiariedade e a solidariedade entre os corresponsáveis pela indenização. Viu-se em momento anterior que a doutrina é amplamente favorável à primeira tese, a de subsidiariedade. No que tange a jurisprudência, os próximos parágrafos tratarão da análise dos julgados já existentes.

O único julgado encontrado em que se sustenta a solidariedade entre filhos menores e pais é do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ocasião em que também foi aplicado o

instituto da culpa concorrente (ou melhor, concorrência de causas, como se viu) entre vítima e autor do dano⁷³. O caso concreto tratou de resolver causa de pedir referente a um acidente automobilístico causado por menor que dirigia veículo e abalroou indivíduo relativamente capaz, causando a morte deste.

Embora sem análise profunda da questão em voga, observa-se que o Colegiado entendeu que existia responsabilidade solidária entre filhos menores e pais, explicitando a aplicação do art. 942, parágrafo único em conjunto com o art. 928. Extrai-se trecho do acórdão no qual se manteve a condenação de primeiro grau e se considerou que:

O réu Lisandro dos Santos Borges, como condutor do automóvel reputado como o causador do acidente de trânsito, ainda que **relativamente incapaz ao tempo do fato, possui legitimidade passiva ad causam, por força do art. 928 do CC:**

“Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

Ademais, os arts. 932, I, e 942, parágrafo único, do CC vigente, dispõem sobre a responsabilidade solidária entre os pais e o filho causador do dano, motivo pelo qual, a toda evidência, não prospera a insurgência dos apelantes. [...]

Observo que a testemunha Regis Gottshalk Loss, em seu depoimento, esclareceu que trafegava no mesmo sentido do ciclista e precisou desviar pela sua direita para conseguir passar pela vítima, que se encontrava no centro da rua.

E com tal conduta, é evidente que a vítima assumiu o risco de provocar acidente de trânsito, mormente porque no local não havia boa iluminação e a visibilidade era precária em razão das condições climáticas desfavoráveis.

Ademais, a vítima estava embriagada, o que, certamente, prejudicou seus reflexos e sua atenção no trânsito, tendo sua conduta imprudente, negligente e imperita concorrido para a causação do evento danoso que resultou na sua morte.

Por outro lado, quanto ao motorista réu, entendo que também restou demonstrado o seu agir culposos, pois, em noite chuvosa e em via urbana com pouca iluminação, conduzia o veículo em velocidade que não se mostrava compatível com as condições do local.

Com efeito, a velocidade de 50km/h a 60km/h de forma alguma pode ser considerada compatível para o tráfego em via urbana como a retratada na fotografia da fl. 99, sobretudo em noite chuvosa e com neblina e em local com pouca iluminação.

Ademais, o condutor réu sequer percebeu a presença do ciclista na via, o que era possível, tendo em vista o testemunho de Regis Gottshalk Loss, que disse ter conseguido desviar da vítima.

⁷³ O acórdão já foi citado em nota anterior no tópico 2.2.5. É o acórdão da Apelação Cível n. 70063477533 (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Por tais razões, **entendo configurada a concorrência de culpas para a causação do acidente, em idêntica proporção**, pois ambos os envolvidos agiram culposamente, deixando de observar regras elementares no trânsito. (s/ grifos no original) (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Antes de analisar a decisão acima, impende destacar outro julgado em sentido contrário, vez que as teses utilizadas como razões de decidir são, embora opostas, complementares.

No ponto, observa-se o acórdão do julgamento da Apelação n. 0011119-81.2010.8.26.0268, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se entende pela subsidiariedade inclusive da ação perante o incapaz, conforme se extrai do seguinte fragmento:

A responsabilidade civil dos menores é regida pelo art. 928 do Código Civil, bem lembrado pela r. decisão, que transcrevo:

“Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.”

Trata-se de responsabilidade, como visto, subsidiária, que emerge apenas se os pais ou responsáveis não tiverem meios de indenizar. E a responsabilidade destes últimos não mais é subjetiva, como no Código Beviláqua, mas objetiva, independente de apuração de culpa (mesmo Código, arts. 932, I, e 933).

Desistindo a autora de acionar a responsável pela menor criadora da página Orkut em causa, a ação deixou de ser viável. Havia que obter, primeiro, a condenação da responsável; **somente se, condenada esta, se viesse a verificar que não podia adimplir a obrigação, caberia invocar, em seguida, a responsabilidade da menor.** Não tendo dirigido a ação contra a primeira, embora se lhe tenha dado oportunidade para tanto, era, mesmo, carecedora de ação. (s/ grifo no original) (SÃO PAULO, 2014d).

Analisando conjuntamente os acórdãos supracitados, percebe-se que ambos os tribunais discutiram a legitimidade passiva do incapaz, sendo esse, aliás, o único instituto explicitamente apto a explicar o porquê de o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ter fixado a responsabilidade solidária entre pais e filhos menores⁷⁴.

Considerando os pressupostos estabelecidos pelo art. 928 a fim de que o incapaz possa responder pela dívida (já vistos em momento anterior), é possível dizer que a integração do menor no polo passivo da demanda se dá com o único intuito de agilizar o julgamento e a execução da condenação.

⁷⁴ Mais uma vez, o acórdão não deixa claras as razões pelas quais acolheu a solidariedade e o assunto parece não ter sido debatido entre as partes.

Nesse sentido está o acórdão de n. 13.403/RJ anteriormente citado (BRASIL, 1995), para o qual a presença dos pais e dos filhos conjuntamente no polo passivo é dispensável, bastando a presença de um⁷⁵. Em ato contínuo, interessante notar que o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo supracitado destaca a obrigatoriedade do representante no polo passivo ao mesmo passo em que fixa a facultatividade do incapaz no mesmo, dado que a responsabilidade deste só exsurge no momento em que esgotadas todas as outras possibilidades.

Assim, embora o trecho do primeiro acórdão destacado (do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) acertadamente ressalte que o incapaz é parte legítima a integrar o polo passivo, isso não o torna necessariamente obrigado solidariamente com seus pais. É que a legitimidade do incapaz serve muito mais como proteção aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da celeridade processual do que como necessidade de julgamento unitário da lide.

Nessa senda, conforme já explicitado anteriormente, a execução em face do incapaz somente é permitida quando esgotadas as barreiras impostas pelo art. 928, motivo pelo qual se conclui que a natureza de sua responsabilidade não pode ser vista se não como subsidiária e mitigada.

Além do exposto acima, que pode ser considerado como forte argumento da prevalência da tese de subsidiariedade da responsabilidade dos filhos menores, também enfrentando a matéria existem outros julgados de outros tribunais.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, encontra-se a decisão da Apelação n. 0005571-40.2009.8.26.0291. No caso, o réu, reconhecidamente incapaz ante sua ausência de sanidade mental e sem curador para lhe representar, praticou homicídio em face dos filhos dos autores da ação. A sentença havia julgado improcedente o pedido dos autores, motivo pelo qual estes interpuseram recurso perante o Tribunal de Justiça de São Paulo. É interessante colacionar o trecho do voto pertinente à matéria:

O Código Civil de 1916 nada dispunha a respeito da responsabilidade do incapaz. Havia o entendimento de que o incapaz, por não ter a capacidade de autodeterminação, não podia responder pelos danos decorrentes de seus atos, pois não agia com culpa. Assim, a ele não era atribuída responsabilidade.

⁷⁵ Ainda que em tal acórdão se fale em solidariedade entre menores púberes e pais, visto que sob a égide do Código Civil de 1916, as observações neste ponto são pertinentes ao tema debatido.

Entretanto, **o novo Código Civil inovou ao reconhecer a responsabilidade do incapaz, responsabilidade esta mitigada e subsidiária.**

A nova disposição legal manifestou consonância a diplomas legais de outros países, pois **passou a ter importância os princípios de garantia e assistência social, de modo que não se revelava justo negar à vítima o direito à reparação.**[...]

A moderna responsabilidade civil já superou há muito a culpa subjetiva para determinar a imputação do dano e da obrigação correspondente de indenizar, abandonando a rígida ideia de que a culpa requer o reconhecimento de um comportamento socialmente reprovável. **Prevalece hoje a ideia de que o dano causado de forma ilícita deve ser reparado pelo autor de um comportamento objetivamente diverso dos parâmetros de valorização social, independentemente da capacidade de entender e agir. Há, portanto, clara separação entre os elementos da culpa e aqueles da imputabilidade do dano.**

Ao causar dano injustamente à vítima, o incapaz pratica o ilícito que autoriza a sua responsabilização, independentemente da culpa subjetiva, de forma direta quando não puder responder pela indenização as pessoas que são responsáveis por ele, como é o caso.

Não obstante o reconhecimento do ilícito e consequentemente a responsabilidade do incapaz pelo dano que causou, a lei brasileira se orientou bem quando estabeleceu uma forma mitigada de responsabilização nesse caso.

É que a despeito da crítica feita pela doutrina a uma norma que isenta o incapaz da responsabilidade, porque **incompatível com a moderna visão da responsabilidade civil que olha mais para a vítima do que para o autor do fato danoso e que defende antes a tutela da vítima do que a sanção ao causador do dano, o que se deve ter em conta não é somente o interesse do prejudicado, mas o interesse do incapaz.** (s/ grifos no original) (SÃO PAULO, 2014a).

Observa-se que o acórdão fixa não somente a subsidiariedade da responsabilização do incapaz, como também reconhece a dissociação entre culpa e imputabilidade permitindo a responsabilização direta do incapaz ante a ausência de curador no tempo em que o fato ocorreu.

Nesse mesmo sentido também caminha o acórdão da Apelação Cível n. 0003576-07.2010.8.26.0404, do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2015).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já enfrentou a matéria nos autos da Apelação n. 1.0647.07.072969-2/001 e fixou a subsidiariedade da responsabilidade do incapaz. É o que se lê no acórdão cujo fragmento a seguir se colaciona:

Assimilando orientações já vigentes em outras ordens jurídicas, o art. 928 do Código Civil de 2002 substituiu o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa natural incapaz, pelo **princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária. Segundo o referido princípio, o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem**

obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes para tal. E, no parágrafo único do referido artigo, acrescentou que a indenização deverá ser equitativa, mas não poderá ocorrer se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam, isto é, se a vítima não conseguir receber a indenização da pessoa encarregada da guarda do incapaz e se o incapaz for abastado, poderá o juiz condená-lo no pagamento da indenização equitativa. (s/ grifos no original) (MINAS GERAIS, 2012b).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão que enfrentou diretamente a matéria em discussão, também fixou a subsidiariedade da responsabilidade do incapaz. É o que se percebe na decisão da rel.^a Min.^a Nancy Andrighi nos autos do REsp n. 1.319.626/MG⁷⁶, julgado em 26/02/2013, na qual a magistrada entendeu que:

Referido dispositivo legal, de fato, prevê que “são solidariamente responsáveis com os autores, os coautores e as pessoas designadas no art. 932”. Todavia, **essa norma deve ser interpretada em conjunto com aquela dos arts. 928 e 934 do Código Civil, que tratam, respectivamente, (i) da responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz e (ii) da inexistência de direito de regresso em face do descendente absoluta ou relativamente incapaz.**

Na lição de Maria Helena Diniz, o art. 928 e parágrafo único “substitui o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento (em razão de idade ou falha mental) pelo princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária” (Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7, Responsabilidade Civil, 26^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 558/559).

Assim, o patrimônio dos filhos menores pode responder pelos prejuízos causados a outrem desde que as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. E, mesmo assim, nos termos do parágrafo único do art. 928, se for o caso de atingimento do patrimônio do menor, a indenização será equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam.

Em outras palavras, o filho menor não é responsável solidário com seus genitores, pelos danos causados, mas subsidiário. E “a responsabilidade do pai, portanto, se o causador do dano for filho inimputável, será substitutiva, exclusiva e não solidária” (Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho, in Comentários ao Novo Código Civil, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), v. XIII, 3^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 355). (s/ grifos no original) (BRASIL, 2013a).

Assim, considerando que a integração do incapaz no polo passivo é facultativa e que as decisões dos Tribunais são mais numerosas no sentido da subsidiariedade, é possível dizer que prevalece o entendimento de que a responsabilidade dos filhos menores é subsidiária em relação a de seus responsáveis, somente podendo o incapaz responder pelos danos por si

⁷⁶ É o acórdão do Recurso Especial n. 1.319.626/MG já citado anteriormente (BRASIL, 2013a).

causados quando atendidos os requisitos fixados na lei. Desse modo, a jurisprudência harmoniza-se com a doutrina majoritária.

Ato contínuo, aproveitando os conceitos desenvolvidos no presente tópico, é salutar estudar hipótese na qual se discute a responsabilidade dos pais por atos dos filhos maiores economicamente dependentes com espeque na aplicação analógica do art. 932, inc. I, do CC/2002.

3.1.2 Responsabilidade dos pais por atos dos filhos maiores economicamente dependentes

Conforme será mais bem detalhado no tópico seguinte, o conceito de poder diretivo desenvolvido pela jurisprudência está diretamente relacionado à dependência econômica dos filhos em relação aos pais e ao poder familiar exercido pelos representantes, sendo importante que se registre que este vínculo existente entre genitores e filhos se extingue com a maioridade destes, conforme previsão do art. 1.635, inc. III, do CC/2002⁷⁷.

Ultrapassando tal entendimento, há importante julgado que fixa a possibilidade de extensão da responsabilidade dos pais pelos atos de filhos maiores⁷⁸, muito baseado na permanência de auxílio financeiro dado pelos genitores.

A suposta possibilidade em responsabilizar os pais pelos atos dos filhos maiores pode ser observada no acórdão da Apelação Cível n. 2008.013016-3, no qual se considerou que o réu, embora maior, ainda estava sob o poder familiar e dependência econômica de seu genitor. Colaciona-se fragmento importante que demonstra as razões de decidir:

Da análise dos autos, verifica-se que Felipe Medeiros Schueitzer (primeiro réu) era motorista e proprietário do carro envolvido no acidente, o que torna indiscutível a sua legitimidade. Ocorre que Pedrinho Gilmar Schueitzer (segundo réu) é o genitor do primeiro réu, que **apesar de ser maior de idade na data dos fatos, era apenas estudante de direito, dependendo economicamente de seu pai.**

Desta feita, inexistindo legislação específica para o caso concreto, deverá ser utilizado os preceitos contidos nos artigos utilizar dos preceitos [sic] dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim aduzem:

⁷⁷ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
III - pela maioridade; (BRASIL, 2016c).

⁷⁸ Importante mencionar que a hipótese chamou a atenção do presente trabalho após a publicação da monografia intitulada “A possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos capazes economicamente dependentes”, da acadêmica Gabriela Pereira Querino (QUERINO, 2015).

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Assim, **correta a decisão do Magistrado a quo que reconheceu a legitimidade do segundo réu, porquanto, a partir do momento em que o filho, mesmo após a maioridade, ainda permanece dependendo financeiramente de seu genitor, encontra-se sob o poder familiar, e, por isso, o pai deve ser responsabilizado pelas atitudes do filho.**

Além do que o automóvel de propriedade de Felipe Medeiros Schueitzer foi um presente dos pais e padrinhos, conforme declarado pelo próprio genitor em depoimento à fl. 432.

Destarte, há de se manter a legitimidade do segundo réu em figurar no polo passivo da demanda (SANTA CATARINA, 2012).

Percebe-se que a decisão, ao entender que o filho ainda era dependente econômico dos pais, desconsiderou a extinção do poder familiar disposta em lei e fixou a subsistência da responsabilidade dos genitores pelos atos de seu filho. Nessa senda, observa-se que o acórdão se baseou no art. 932, inc. I, do CC/2002 (embora não o mencione expressamente) para estender a responsabilidade dos pais em relação aos atos do filho maior, pois inexiste previsão legal específica.

Ao final, a decisão foi confirmada após o julgamento do Recurso Especial de n. 1.372.548/SC, no qual, no entanto, não se discutiu diretamente a questão. É de se registrar que a decisão do REsp se baseou em outros precedentes do STJ, sendo todos relacionados à hipótese diversa, qual seja a da solidariedade existente entre o dono da coisa (proprietário do veículo) e o causador do dano (BRASIL, 2015k).

É o que se observa, por exemplo, quando o Min. relator do REsp n. 1.372.548/SC cita o acórdão do REsp n. 145.358/MG como precedente nas razões de decidir, no qual se consignou:

1. Passando ao exame da primeira argumentação dos recorrentes, imperioso anotar, preliminarmente, que **não se discute nos autos se a culpa do primeiro recorrido é solidária para com o segundo em razão do parentesco que possuem (pai e filho), mas sim por ser proprietário do veículo** (s/ grifos no original) (BRASIL, 1999a).

O Colegiado do TJSC justifica as suas razões de decidir no fato de que os pais, por deterem o controle financeiro de seus filhos, presumidamente também possuiriam poder de direção em seus atos. Nessa senda, os Desembargadores potencializaram a proteção da vítima, decidindo o caso de modo a equiparar o filho maior a filho emancipado.

Todavia, de acordo com o exposto no presente trabalho, o caso não poderia ser tratado como hipótese de subsistência do poder familiar, pois este é extinto com a simples maioria do filho por fixação legal (art. 1.635, inc. III, do CC/2002). Além disso, carece de previsão legal a extensão da responsabilidade dos pais perante os atos de seus filhos maiores, ainda que os primeiros permaneçam prestando deveres assistenciais e alimentos aos segundos.

Nessa senda, embora pareça coerente estender a responsabilidade dos pais sobre os atos dos filhos maiores a fim de não deixar a vítima desamparada, abrir tal precedente traduziria uma ampla e irrestrita responsabilidade dos genitores sobre seus filhos. É importante lembrar que a responsabilidade civil por fato de terceiro é exceção no ordenamento pátrio, não podendo ter suas diretrizes alargadas por mera análise casuística sob pena de grande insegurança jurídica.

De fato, mais adequado é o entendimento oposto, observado no acórdão do Agravo de Instrumento n. 0054549-87.2005.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual se extrai o seguinte fragmento:

Tem-se, portanto, que tal como afirmado pela co-ré Neuza Barreto Doce, genitora do requerido, o poder familiar cessa com a maioria aos dezoito anos. Em outras palavras, **as disposições contidas no artigo 1.521, I, do Código Civil de 1916, com a atual redação do artigo 932, I, do Código Civil de 2002, não podem ser aplicadas ao caso dos autos em razão da maioria do suposto causador do dano, maioria esta que já se verificava por ocasião do evento.**

Cumprido ressaltar que a responsabilidade civil dos pais poderá perdurar se houver outra causa de inimizabilidade do filho maior, como no caso de alienação mental. Entretanto, na petição inicial sequer se vislumbra a hipótese. [...]

Por fim, **cumprido ressaltar que o rol do dispositivo legal é taxativo e não admite interpretação extensiva, como a que pretende dar a agravada ao vislumbrar que a genitora é responsável pelo custeio do filho maior.**

É dado que a co-ré, genitora do suposto causador do evento danoso, não se insere no rol taxativo do artigo 1.521, I, do Código Civil de 1916, com atual redação dada pelo artigo 932, I, do Código Civil de 2002, nem de longe vislumbrada sua participação nos autos, a ilegitimidade passiva *ad causam* é patente e, com relação a ela, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito (s/ grifos no original) (SÃO PAULO, 2005).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando sob a égide do CC/1916, já entendeu da mesma maneira no julgamento do Agravo de Instrumento n. 70004562963, noção que se extrai da ementa que assim restou redigida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FILHO MAIOR DE 21 ANOS À DATA DO FATO. **INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PAI. Correta se mostra a decisão que afastou a responsabilidade do pai do causador do dano que, à época do fato, contava com maioridade civil.** Inteligência do artigo 1.521, I, do CCB. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Extinto o feito, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva da parte, considerando que o trabalho exclusivo do procurador da parte foi a apresentação da contestação, a verba honorária fixada em 20 salários mínimos se mostra elevada, além de descabida a sua fixação em salários mínimos. Redução operada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO (s/ grifos no original) (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui julgado no sentido da impossibilidade de responsabilizar os pais por atos dos filhos maiores, ainda que dependentes economicamente. É o que se observa no acórdão da Apelação Cível n. 2.0000.00.486072-2/000, cuja ementa é transcrita a seguir:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO CAUSADOR DO SINISTRO - REGISTRO ADMINISTRATIVO DE PROPRIEDADE DO VEÍCULO ENVOLVIDO NO ACIDENTE - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE - TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE MÓVEL - TRADIÇÃO - RESPONSABILIDADE POR ATO DE FILHO MAIOR E CAPAZ - IMPOSSIBILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A transferência de bens móveis ocorre com a tradição (arts. 620 c/c 675 do CC/16), razão pela qual o registro no Detran possui caráter meramente administrativo, com presunção relativa de veracidade. Por conseguinte, restando provada nos autos a tradição do veículo, não há que se falar em responsabilidade civil daquele em cujo nome tal veículo encontra-se registrado.

- **Os pais são responsáveis pelos atos de seus filhos menores, conforme preceitua o artigo 932, I, do Código Civil de 1916, não havendo previsão legal para a responsabilização por atos de filhos maiores e capazes, pouco importando a existência de dependência econômico-financeira** (s/ grifos no original) (MINAS GERAIS, 2005).

Na doutrina, a tese da impossibilidade de extensão da responsabilidade dos pais conta com o apoio de José de Aguiar Dias citado por Gonçalves, para o qual:

Finalmente, deve ser lembrado, como adverte Aguiar Dias, que ‘a responsabilidade dos pais só ocorre em consequência de ato ilícito de filho menor. **O pai não responde, a esse título, por nenhuma obrigação do filho maior, ainda que viva em sua companhia** (ac. Do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 16-10-42, no Diário da Justiça de 20-1-43). O mesmo não se pode dizer com relação ao filho maior, mas alienado mental. É claro que a responsabilidade do pai, nesse caso, não pode ser

fundada no art. 932, n. I, mas sim no art. 186, pois decorre de omissão culposa na vigilância de pessoa privada de discernimento, não a fazendo internar ou não obstando ao ato danoso' (s/ grifos no original) (GONÇALVES, 2009, p. 106).

Desse modo, por constituir a responsabilidade civil por fato de terceiro uma exceção no ordenamento pátrio, não é possível a utilização de analogia com o intuito de estender a responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos menores também aos filhos maiores.

Assim, contrariamente à decisão e de acordo com todo o exposto no presente trabalho, conclui-se que a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos respaldada pelo art. 932, inc. I, do CC/2002 cinge-se, além de outros pressupostos, à condição de que estes sejam menores.

3.2. O tratamento jurisprudencial da emancipação nos Códigos de 1916 e 2002

Como foi visto no capítulo 2, a emancipação antecipa a obtenção da capacidade civil e subdivide-se em legal e voluntária. Na oportunidade, demonstrou-se a ampla controvérsia existente na doutrina, tendo prevalência a orientação de que a emancipação voluntária não retira dos pais o dever de indenizar.

É importante rememorar que, embora a idade limite para atingir a maioridade civil tenha sido reduzida para 18 anos (o que diminuiu a gama de hipóteses aptas à causação de danos pelos menores), o instituto da emancipação não foi alterado em sua essência (muda apenas a idade mínima para concessão da emancipação, de 18 para 16 anos) e, nessa senda, os entendimentos da jurisprudência permaneceram os mesmos. Essa é a razão pela qual os julgados com esboço nos Códigos de 1916 e de 2002 serão analisados de maneira conjunta no presente tópico.

Analisando os julgados do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que tal Tribunal solidificou o entendimento majoritário da doutrina no sentido de que a emancipação voluntária, ao contrário da legal, não faz cessar, por si só, a responsabilidade dos pais sobre os atos praticados por seus filhos menores.

Em voto do REsp n. 122.573/PR, julgado em 23 de junho de 1998, o rel. Min. Eduardo Ribeiro, citando a doutrina majoritária, fixou que a responsabilidade voluntária não fazia

presumir a isenção de responsabilidade dos pais. Para o magistrado que redigiu o voto vencedor:

A doutrina dominante não placita o entendimento acolhido pelo egrégio Tribunal *a quo*. Costuma-se tratar de modo diferente as hipóteses, consoante a causa da emancipação. Assim, Caio Mário:

“Em caso de emancipação do filho, cabe distinguir-se: se é a legal, advinda por exemplo do casamento, os pais estão liberados; mas a emancipação voluntária não os exonera, porque um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provém da lei” (Responsabilidade Civil – 4ª ed – Forense – p. 92/2).

A meu ver, correta essa posição. Tratando-se de atos ilícitos, a emancipação, ao menos a que decorra da vontade dos pais, não terá as mesmas consequências que dela advêm quando se cuide da prática de atos com efeitos jurídicos queridos. A responsabilidade dos pais decorre especialmente do poder de direção que, para os fins em exame, não é afetado. É possível mesmo ter-se a emancipação como ato menos refletido; não necessariamente fraudulento. Observo que a emancipação, por si, não afasta a possibilidade de responsabilizar os pais, o que não exclui possa isso derivar de outras causas que venham a ser apuradas. (s/ grifos no original) (BRASIL, 1998).

No mesmo sentido se harmonizam outros julgados relativos ao diploma civil de 1916, como o AREsp n. 336.907/SC (BRASIL, 2015j) e o AgRg no AI n. 1.239.557/RJ (BRASIL, 2012b). Este último, inclusive, cita como importante marco decisório o voto do acórdão anteriormente citado, como se percebe do fragmento a seguir disposto:

Por fim, no que concerne à responsabilidade dos pais pelo evento danoso, observo que **a emancipação voluntária, diversamente da operada por força de lei, não exclui a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores.** A propósito do tema, transcrevo excerto do voto do Ministro Eduardo Ribeiro no REsp. 122.573-PR [...] (s/ grifo no original) (BRASIL, 2012b).

É importante notar que os Tribunais de Justiça Estaduais analisados também seguem a mesma linha de raciocínio. Ainda sob a égide do CC/1916, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina podem ser citados alguns acórdãos que demonstram a tendência adotada⁷⁹, dentre os quais se destaca o da Apelação Cível n. 2006.006306-2, no qual se ressalta a permanência do poder diretivo dos pais em relação ao filho, conforme se extrai do seguinte fragmento:

⁷⁹ Como por exemplo o da Apelação Cível n. 2005.009217-0 (SANTA CATARINA, 2005c).

[...] Nesse ponto, verifica-se que a emancipação, por si só, é a equiparação do menor ao maior, para todos os efeitos e atos da vida civil. É a antecipação dos efeitos da maioridade. **É presunção de que, embora menor, o indivíduo tem condições de, sem ser representado pelos pais, responder pelos atos da vida civil em decorrência do acontecimento das hipóteses elencadas no artigo supra transcrito.**

Entretanto, **uma ressalva é feita pela doutrina relativamente à emancipação decorrente de ato voluntário dos pais, no sentido de não eximir, por si só, a responsabilidade destes pelos atos do filho, sob o argumento de que a manifestação de vontade dos genitores (com a outorga da emancipação) não poderia se sobrepor aos demais dispositivos legais que lhe atribuem responsabilidade pelos filhos menores.** [...]

No presente caso, a emancipação de Giovani Andriani decorre de ato voluntário dos pais, tratada no **inciso I, do § 1º, do art. 9º do Código Civil de 1916**, conforme atesta a Certidão de Registro de fl. 110.

Outrossim, **em que pese a alegação de que o requerido Giovani Andriani possui independência financeira ou, inclusive, prover a sua própria manutenção, não há nos autos prova robusta capaz de comprovar tal assertiva, ônus que lhe era imposto (art. 333, II, do CPC).**

Ademais, conforme restou incontroverso nos autos, **o menor trabalhava com seu pai, não sendo, pois, afastado o dever de educação e vigilância deste.** [...] Por tudo o que foi exposto, reafirma-se a legitimidade de Paulo Andriani e Rosa Maria de Souza Andriani para figurar no pólo passivo da actio.

Assim, visando maior segurança à reparação dos danos sofridos pela vítima, e **não se vislumbrando nenhuma causa prevista em lei que exclua a responsabilidade solidária dos pais perante o filho**, nega-se provimento ao agravo retido, afastando-se a proemial de ilegitimidade passiva ad causam. (s/ grifos no original) (SANTA CATARINA, 2010).

Também do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o acórdão da Apelação Cível n. 2005.009216-3 destaca-se pela manutenção da responsabilidade solidária dos pais mesmo quando o ato de emancipação é o decorrente de lei (suposta constituição de economia própria pelo incapaz), conforme restou entendido no acórdão. As razões de decidir foram assim fundamentadas:

No presente caso, **apesar da suposta emancipação não ser, formalmente, aquela decorrente de ato voluntário dos pais**, tratada no inciso I, do § 1º, do art. 9º do CC/1916, **a tal se equipara** em virtude de que a empresa em que Wilson Roberto figura como sócio é constituída, exclusivamente, por ele e seus pais, Wilson e Marli Kretz (fl. 164). **Soa, assim, a participação do menor no quadro societário da empresa Areias Kretz Ltda como um ato voluntário dos pais em incluir seu filho na sociedade, conduzindo-o, formalmente, à emancipação civil, contudo, equiparada àquela prevista no inciso I, do § 1º do artigo em questão.** Tal afirmação pode ser feita, inclusive, pela **falta de amparo probatório no sentido de que Wilson Roberto possuía, efetivamente, independência ou potencial econômico** para ingressar na referida sociedade ou, inclusive, prover a sua própria manutenção. **Ademais, conforme restou incontroverso nos autos, o menor**

residia com seus pais, na cidade de Timbó, não sendo, pois, afastado o dever de educação e vigilância destes. (s/ grifos no original) (SANTA CATARINA, 2005b).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais segue a tendência acima exposta, o que se percebe pelos fragmentos a seguir extraídos do acórdão da Apelação Cível n. 2.0000.00.338168-4/000:

[...] Quanto ao segundo argumento, pelo qual se afirma que, ao tempo do fato, o segundo recorrente já estaria emancipado, também temos posicionamento no mesmo sentido da sentença de primeira instância. Na verdade, a conclusão a que chegaram os Juízes no VIII Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, por unanimidade e sumulado na proposição mencionada pelo ilustre colega (f. 219), é fruto de exame, estudo e reflexão e está muito bem explicada no acórdão publicado na Revista de Julgados (RJTAMG 44/224 a 226).

Nós adotamos o mesmo posicionamento, como já havíamos feito em outros casos que por aqui passaram.

Em suma, **perfilhamos o entendimento pelo qual a emancipação de filhos, que tem finalidades diversas (exercício de comércio, casamento, etc.), não serve para exonerar os pais da responsabilidade pelos seus atos ilícitos que causarem danos reparáveis,** nos termos do art. 1.521, do Código Civil. (s/ grifos no original) (MINAS GERAIS, 2001).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também segue o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça. É o que se percebe na ementa do acórdão do Agravo de Instrumento n. 599049939, que restou assim redigida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EMANCIPACAO. E PARTE LEGITIMA PASSIVA, PARA ACAO DE RESSARCIMENTO DE DANOS, DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRANSITO, O PAI, JUNTAMENTE COM O FILHO EMANCIPADO. **PARA OS FINS DO ARTIGO 1521, INCISO I, DO CODIGO CIVIL, NAO CESSA A RESPONSABILIDADE DOS PAIS, PELOS FILHOS MENORES, PELA REPARACAO DE DANOS, EM VIRTUDE DE EMANCIPACAO VOLUNTARIA.** PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DO STJ. AGRAVO PROVIDO. (s/ grifos no original) (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

O Tribunal de Justiça de São Paulo também adota o entendimento supracitado, como se nota no julgamento da Apelação Cível n. 9146988-61.2005.8.26.0000, conforme fragmento a seguir exposto:

É de rigor o reconhecimento da responsabilidade dos pais por ato ilícito praticado pelo filho, ainda que exista emancipação anterior. Nesse sentido: "A emancipação por outorga dos pais não exclui, por si só, a responsabilidade decorrente de atos ilícitos do filho" (STJ, Resp 122573-PR, 23/06/1998). [...]

A alegação específica do réu quanto à ausência de responsabilidade por não residir com seu filho não prospera, pois ambos foram citados no mesmo endereço, que também foi fornecido no boletim de ocorrência do acidente como residência do condutor.

Além disso, ainda que não residissem no mesmo local, tal fato não teria o condão de afastar a responsabilidade do réu. [...] (s/ grifos no original) (SÃO PAULO, 2010).

O Tribunal de Justiça de São Paulo adotou o entendimento já explanado para decidir sob a égide do Código Civil de 2002, como se percebe nos autos da Apelação Cível n. 0003801-51.2013.8.26.0071 no trecho que segue:

No tocante a responsabilidade solidária do genitor do então incapaz o Corréu Allef tinha 17 anos quando do evento, essa decorre de expresso dispositivo legal, de sorte que inexistente a alegada “emancipação de fato”.

A circunstância de não residir na casa de seus genitores, à época do acidente, e viver na companhia de terceiro não preenche nenhuma das hipóteses previstas no artigo 5º do Código Civil.

Deveras, malgrado a controvérsia jurisprudencial que gira entorno da interpretação do dispositivo legal supracitado, o seu rol é taxativo, não admitindo interpretação extensiva, e nem o uso de analogia.

Isso não implica dizer, indiretamente que não se possa admiti-la, até porque o direito deve acompanhar a evolução dos tempos. Mas **no caso em concreto não existem provas de o menor de 18 (dezoito) anos não mais dependia economicamente de seus pais. O fato de não residir na casa dos genitores não afasta a manifesta solidariedade, notadamente quando nenhuma prova de sua independência financeira trouxe a lume.** (s/ grifos no original) (SÃO PAULO, 2014b).

Em julgado que decidiu pela exoneração dos pais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul debruçou-se sobre caso em que menor púbere causou acidente de trânsito. No caso concreto, o incapaz comprovou ser financeiramente independente e, apesar de não formalmente emancipado, os magistrados entenderam que o caso concreto traduzia situação em que também não havia mais qualquer dependência do incapaz em relação a seus pais. Desse modo, os pais foram considerados ilegítimos a figurar no polo passivo da demanda, ante a demonstração de que inexistia dever de vigilância de sua parte (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Em nova oportunidade, o mesmo Tribunal reafirmou o entendimento ao considerar que há necessidade do concurso da culpa dos genitores (Código de 1916) e da independência

econômica do menor para que a emancipação produza efeitos no tocante à exoneração da responsabilidade dos primeiros (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

Portanto, nota-se que os magistrados consideram que os pais e os menores possuem o ônus de provar a boa-fé da emancipação, traduzida pela necessidade de se demonstrar a independência econômica do menor e também a ausência de manutenção do dever de vigilância (ou o chamado poder diretivo), já que a emancipação voluntária não é considerada pelos tribunais como ato de exoneração da responsabilidade paterna.

Cabe destacar que existe julgado do STJ que utiliza a tese inversa. Trata-se de acórdão do REsp n. 764.488/MT, no qual a emancipação havia sido concedida dois anos antes do acidente objeto da ação condenatória, motivo pelo qual se presumiu a boa-fé dos pais ao emanciparem o filho. É o que se percebe pelo fragmento a seguir colacionado:

Em ação de indenização por acidente de veículo, o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso manteve o entendimento quanto a ilegitimidade dos pais da ré para figurarem no pólo passivo da demanda, sob os seguintes fundamentos: [...]

Portanto, da emancipação registrada sob o nº 269, no Cartório do 2º Ofício da Comarca de Mirassol D'Oeste, à data do sinistro, passaram-se quase dois anos, circunstância que evidencia não se tratar de providência que visou lesar direito de terceiro.

Sabe-se que que a boa-fé é presumida. No caso em tela, não há qualquer indício de má-fé no ato de emancipação da ora apelada, sendo que o acidente, pelo que consta dos autos, constitui fato isolado na vida da recorrida. [...]

Emancipar é ato jurídico através do qual o menor adquire o gozo dos direitos civis e, conseqüentemente, assume a responsabilidade por seus atos, bem como deveres e obrigações.

Além disso, no caso em análise, **não restam dúvidas de que a emancipação foi realizada de boa-fé**, quase dois anos antes ao sinistro. (s/grifos no original) (BRASIL, 2010b).

No entanto, por tratar-se de julgamento isolado com a peculiar característica de que o lapso temporal entre a emancipação e o ato ilícito é bastante considerável (2 anos), pode-se dizer que o supracitado julgado não representa o entendimento majoritário do Tribunal acerca da matéria. De fato, seria absurdo presumir a má-fé dos réus com a antecedência de 2 anos.

Dessa forma, confrontando os julgados, percebe-se que a jurisprudência se vale da máxima de que a má-fé do ato emancipatório voluntário é presumida, cabendo ao réu demonstrar o contrário.

Em suma, os Tribunais costumam entender que não basta comprovar a emancipação do incapaz, mas que se faz necessária a prova, por parte dos genitores, da extinção do poder familiar, representado pela ausência de direção dos pais na vida dos filhos (poder diretivo) o que se demonstra principalmente pela independência econômica do incapaz.

Aliás, viu-se que algumas decisões apontaram que a emancipação legal também não é aceita por si só como escusa do dever de indenizar dos pais. Isso demonstra que os tribunais adotam uma postura rígida para aceitar a exoneração dos representantes no que toca a responsabilidade pelos atos dos representados emancipados.

Assim, considerando que a grande maioria dos julgados encontrados foi no sentido de que a emancipação voluntária não faz presumir a exoneração de responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos dos filhos menores, é possível concluir que a jurisprudência corrobora o entendimento majoritário da doutrina.

3.3 O tratamento jurisprudencial da guarda nos Códigos Civis de 1916 e de 2002

Conforme visto em tópico anterior, a guarda também é instituto relevante ao estudo da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, pois constitui, juntamente à emancipação, hipótese em que se faz possível a exoneração dos pais de seus deveres de indenizar atos dos filhos menores. Portanto, interessa analisar o que decidem os Tribunais sobre a matéria.

Inicialmente, é possível dizer que o tratamento concernente à guarda é o que menos celeuma gera nos Tribunais.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, como se percebe no acórdão do REsp n. 299.048/SP⁸⁰, possui entendimento consolidado no sentido de que a separação dos genitores, por si só, não exime a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos menores, sendo a exoneração verdadeira exceção que necessita da comprovação de que o pai ou a mãe não exercem gerência alguma sobre a criação do filho.

Nesse caso, a ausência de poder diretivo foi caracterizada pela ausência de companhia, termo que, conforme foi discutido no capítulo 2, possui significado relativo, não

⁸⁰ Acórdão já citado no tópico n. 3.1.1 (BRASIL, 2001).

compreendendo a presença física e ininterrupta, mas sim o poder de gerar influência pela convivência recorrente.

Nas razões de decidir do supracitado acórdão, o rel. Min. Aldir Passarinho Júnior buscou espeque no já comentado REsp n. 13.403/RJ⁸¹ e assim decidiu a matéria:

Na hipótese em comento, argumenta-se em torno da circunstância da separação do casal, de modo a com isso se pretender excluir a responsabilidade do pai, Eric Street, por não residir com o filho, atribuindo-se-lhe apenas à mãe, que não se mostrou irressignada com a condenação. Acontece, porém, que **o pátrio poder, mesmo separados os pais, permaneceu**, e isto constitui matéria de prova, de reexame impossível em face da Súmula n. 7. Aliás, a sentença monocrática chega mesmo a concluir que o então menor residia com o pai (fl. 248). Ademais, **não parece razoável que um cônjuge, apenas porque separado, possa se eximir integralmente da responsabilidade pelos atos de seu filho, salvo situações excepcionais, de nenhuma ingerência em sua criação, o que deve ser cabalmente provado.** (s/ grifos no original) (BRASIL, 2001).

O mesmo entendimento é esposado no REsp n. 1.146.665/PR no qual se consignaram as seguintes explicações sob a égide do CC/1916:

[...] Além disso, não se olvida que a jurisprudência desta Corte Superior caminha no sentido de que é possível, ao genitor, ainda que separado, eximir-se da responsabilidade civil de ilícito praticado por filhos menores, se comprovado que não concorreu com culpa na ocorrência do dano. [...]
É certo que, no caso dos autos, a hipótese revela agressividade exagerada do menor, ora recorrido, RICARDO, em face do ora recorrente, LEONARDO, o que está a indicar, em princípio, pelo menos na compreensão desta Relatoria, **falta de melhor cuidado de ambos os pais na educação de seu filho, independente de separação legal ou mesmo seu distanciamento na convivência diária**, como alegado no presente caso. Todavia, **tais circunstâncias, não podem e nem devem excluir a obrigação de educação, assistência moral e intelectual de ambos na formação psicológica, educacional e profissional dos filhos**, a teor, inclusive, do estabelecido no art. 229 da Constituição Federal, in verbis: "Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."
Dessa forma, e **atendo-se ao que preconizado pela jurisprudência desta Corte Superior - comprovação de ausência de culpa - e para que seja oportunizada ao genitor, que não detém a guarda do filho**, sua defesa, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório (ut art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), **é mister que ele participe da lide, no pólo passivo, obtendo, assim, o direito de manifestar-se e, ato contínuo,**

⁸¹ Também já citado, é o acórdão do Recurso Especial n. 13.403/RJ (BRASIL, 1995).

comprovar ou não, sua culpa na ocorrência do evento danoso. [...] (s/ grifos no original) (BRASIL, 2011).

No REsp n. 540.459/RS⁸², o rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito afastou a responsabilidade do pai somente porque este não detinha a guarda do filho, mas principalmente porque ficou configurada a ausência de companhia, em acórdão que restou assim ementado:

Acidente de trânsito. Responsabilidade do proprietário do veículo e dos pais do motorista. Precedentes da Corte. 1. Prevalece a responsabilidade do motorista, na linha da jurisprudência da Corte, quando de acordo com a prova dos autos não foi afastada a presunção de culpa do proprietário que empresta o seu veículo ao terceiro causador do acidente. 2. **A responsabilidade do pai foi afastada porque não detinha a guarda nem estava o filho em sua companhia, mas não a da mãe, porque não enfrentado o argumento da falta de condições econômicas apresentado no especial para afastar seu dever de indenizar, prevalecendo, portanto, precedentes da Corte amparados no art. 1.521, I, do Código Civil de 1916.** 3. Recurso especial não conhecido. (s/ grifos no original) (BRASIL, 2004).

Em suas razões, o Min. relator assim consignou:

Vejamos agora a questão da responsabilidade da mãe do motorista, afastada a do pai, o qual não detinha a guarda nem o filho vivia em sua companhia. O Tribunal de origem não examinou a questão das condições econômicas da mãe, razão posta no especial para afastar o dever de indenizar. Com isso, não pode o especial prosperar, prevalecendo a **jurisprudência dominante no sentido de que os “pais respondem pelos atos dos filhos, na forma do art. 1.521, I, do Código Civil, como assentado em mansa e pacífica jurisprudência”** (REsp nº 246.781/AC, da minha relatoria, DJ de 11/12/2000). (s/ grifos no original) (BRASIL, 2004).

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, em julgado sob a égide do CC/1916, mas que também cita as previsões do CC/2002, o Tribunal enfrentou a matéria no REsp n. 777.327/RS de maneira a equiparar as previsões⁸³ dos códigos ressaltando dois dos acórdãos anteriormente estudados, quais sejam os REsp ns. 299.048/SP e 13.403/RJ, e assim fundamentou suas razões de decidir:

⁸² Também citado anteriormente (BRASIL, 2004).

⁸³ É preciso atentar ao fato de que o julgamento se deu pela égide do CC/1916, quando ainda se falava em culpa *in vigilando*. No CC/2002, não se discute culpa dos genitores, dependendo a responsabilidade da subsistência de poder diretivo.

O entendimento do e. Tribunal *a quo* foi no sentido de que o genitor que não detém a guarda do filho é parte ilegítima para responder solidariamente pelo ato ilícito praticado pelo menor. O fundamento do v. acórdão recorrido, em síntese, é o seguinte:

"Ora, embora a separação e a perda da guarda não sejam causas de extinção do poder-dever familiar, com isso permanecendo a responsabilidade quanto à criação dos filhos, o certo é que a ingerência imediata sobre a educação e os atos do menor compete ao guardião, cabendo-lhe, prioritariamente, todas as decisões nesse sentido. Em assim sendo, por força do art. 1.521 e do parágrafo único do art. 1518, ambos do CC de 1916, somente Mary Helena de Oliveira é solidariamente responsável pelo ato praticado por seu filho." (fl.620)

A decisão recorrida foi mantida, por maioria de votos, e o voto vencido contém tese no sentido de que: "Não há nenhuma informação nos autos acerca da perda do pátrio poder pelo requerido Alziro, ao contrário, **o estudo social que está nos autos, mostra que, à época do fato, ainda tinha laços afetivos com o filho, razão por que deve ele, também, ser responsabilizado solidariamente pelos atos praticados.**" e indicou como paradigmas os julgados proferidos nos Recursos Especiais ns. 299.048/SP, da relatoria do eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, e n. 13.403/RJ, da relatoria do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo.

Como princípio inerente ao pátrio-poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I, do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, parágrafo único, e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. [...]

Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, **deixa bem acentuado o risco a que se expôs a genitora, ao levar para a sua casa, na qual residia com seu filho, uma arma de fogo que foi guardada sem as devidas cautelas, incorrendo em culpa in vigilando. Isso, por sua vez, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima.** (s/grifos no original) (BRASIL, 2009b).

No caso concreto, julgado sob a égide do CC/1916, o pai foi exonerado do dever de indenizar ante ausência de culpa, pois além de não morar com o filho, a mãe atuou de maneira negligente e impossibilitou o exercício de fiscalização por parte do genitor – comportamento este que potencializou o ato danoso.

Nessa senda, é importante notar que, quando analisado sob a égide do CC/2002, não cabe a análise de culpa dos pais com o intuito de perquirir sua responsabilidade (como se afirma no acórdão que julga com espeque no CC/1916). Para o atual Código, portanto, a análise da persistência de influência ou de poder diretivo (ainda que não imediato) bastaria para configurar a responsabilidade do genitor.

Percebe-se que os acórdãos estabeleceram como regra a presunção de que o pátrio poder é exercido por ambos os genitores ainda que a guarda do incapaz esteja somente com um deles. Nessa senda, para que se exonere do dever de indenizar, não basta que se alegue a ausência de guarda ou companhia, sendo imprescindível demonstrar que não há exercício de poder diretivo algum sobre o incapaz, seja pela perda do pátrio poder (poder familiar), seja pela ausência do requisito companhia de maneira absoluta ou ainda pela ausência de culpa (no caso do Código Civil de 1916).

Salienta-se ainda que, além do quesito culpa, o entendimento não sofreu alterações com o advento do Código Civil de 2002, como se percebe no acórdão do REsp n. 1.074.937/MA que, apesar de julgar sob a visão do Código Civil de 1916 (pois os fatos ocorreram em sua vigência), analisa também o disposto no CC/2002, conforme se nota nos fragmentos a seguir destacados:

[...] 4. Cuida a presente controvérsia em saber quem são os responsáveis pela reparação civil por danos causados por menor de idade.

Na hipótese, o adolescente, Rodrigo Crucius Leite, que residia com a avó após a separação dos genitores, no mesmo condomínio em que o pai, este detentor da guarda, subtraiu as chaves do automóvel de propriedade da avó, segundo os réus sem a autorização dos responsáveis, e, ao participar de um "pega", provocou acidente que resultou no atropelamento e morte do filho dos autores. A sentença, confirmada pelo Tribunal de origem, condenou ambos os pais e a avó, solidariamente, ao pagamento da indenização.

No tocante à alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente sua responsabilização, motivo pelo qual, por si só, não há falar em violação aos arts. 932, I, e 933 do CC, os quais dispõe que: [...]

5. Por outro lado, ainda que assim não fosse, **essa Corte já decidiu que a mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente.** [...]

6. Em relação a avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária. (s/ grifos no original) (BRASIL, 2009a).

É importante notar que o acórdão em comento considerou tanto os pais quanto a avó solidariamente responsáveis, vez que se entendeu que a avó detinha a guarda do incapaz ainda que temporariamente e de maneira delegada. Quanto aos pais, embora separados, foi caracterizado o exercício de poder familiar conjunto, o que perfez a caracterização da responsabilidade solidária.

Também nesse sentido é o acórdão do AgRG no AREsp n. 220.930/MG cuja ementa restou assim redigida:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS. EXCLUDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. 1. Os pais respondem civilmente, de forma objetiva, pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (artigo 932, I, do Código Civil). 2.- **O fato de o menor não residir com o(a) genitor(a) não configura, por si só, causa excludente de responsabilidade civil.** 3.- **Há que se investigar se persiste o poder familiar com todos os deveres/poderes de orientação e vigilância que lhe são inerentes. Precedentes.** 4.- No caso dos autos o Tribunal de origem não esclareceu se, a despeito de o menor não residir com o Recorrente, estaria também configurada a ausência de relações entre eles a evidenciar um esfacelamento do poder familiar. O exame da questão, tal como enfocada pela jurisprudência da Corte, demandaria a análise de fatos e provas, o que veda a Súmula 07/STJ. 5.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ- AgRg-Ag-Resp 220.930; Proc. 2012/0177273-1; MG; Terceira Turma; Rel. Min. SIDNEI BENETI; Julg. 09/10/2012; DJE 29/10/2012) (BRASIL, 2012a).

Os Tribunais Estaduais analisados apresentam decisões que também não fogem ao estipulado pelo STJ.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, agora sob a égide do CC/2002, há julgado quanto à subsistência da responsabilidade dos pais em acidente de trânsito. O acórdão restou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva da genitora do menor afastada. Da leitura do disposto no art. 932, inciso I, do Código Civil, observa-se que os pais são objetivamente responsáveis pela reparação civil dos danos decorrentes de conduta dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. **Destarte, somente poderá exonerar-se de tal responsabilidade o genitor que perder o poder de direção sobre o filho menor, cabendo-lhe o ônus dessa prova.** Não sendo esse o caso dos autos, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva. [...] PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível n.

70048016372, rel. Des. Mário Crespo Brum, j. 3-5-2012) (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em interessante julgado sob a égide do CC/2002, excluiu do polo passivo o companheiro da mãe da menor, pois os magistrados entenderam que este não detinha a guarda e poder diretivo e, por consequência, não poderia ser considerado representante do incapaz. A decisão foi no sentido de manter a responsabilidade da mãe que, além da guarda, também detinha o poder familiar sobre a filha menor (MINAS GERAIS, 2012a).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, decidindo caso sob a vigência do Código Civil de 2002, também não diverge do entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, o que se observa no acórdão do Agravo de Instrumento n. 2011.038891-5, cujo fragmento a seguir se consigna:

Infere-se dos Autos que, no dia 24/9/2007, nas dependências da Escola de Educação Básica São João, TYAGO BONONOMI, filho dos ora Agravantes, desferiu um soco no nariz do Agravado, também menor de idade à época do ilícito, provocando neste fratura nasal com desvio de septo, fazendo com que fosse submetido a tratamento cirúrgico para correção. [...] Quanto à sustentação de que os Agravantes não são partes legítimas para integrarem o polo passivo da ação indenizatória, esta não merece guarida. Ainda que a presente demanda tenha sido ajuizada quando TYAGO BONONOMI já havia atingido a maioridade, é certo que ao tempo do evento danoso o agressor era adolescente, razão pela qual, em observância ao princípio do tempus regit actum, são os pais responsáveis pelos atos de seu filho menor. [...]

Frise-se, por oportuno, que **mesmo havendo afastamento entre os pais e o menor, como sucedeu-se no caso vertente, ainda assim a responsabilidade civil daqueles remanesce, porquanto este estava sob a tutela do poder familiar.**

Portanto, deve ser mantida a decisão no tange à questão da legitimidade dos Agravantes para figurarem no polo passivo da ação, vez que responsáveis à época por eventual dano causado pelo seu filho ao Agravado. [...] (SANTA CATARINA, 2015a).

O acórdão do Agravo de Instrumento n. 2012.028480-9 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina discute a matéria ao fixar a manutenção da responsabilidade dos pais por atos ilícitos praticados pelos menores inclusive quando estes estejam sob a guarda temporária da escola. É o que se observa na fundamentação do acórdão, conforme trecho a seguir colacionado:

O Recorrente sustentou ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, porque seu filho não estava sob a sua autoridade, guarda ou companhia no momento dos fatos e, assim, responsabilidade exclusiva da co-Ré A. C. O. S., visto que os acontecimentos ocorreram em sua residência, diante de sua omissão quanto ao uso de bebidas alcoólicas pelos menores. Todavia, razão não lhe assiste.

A jurisprudência pátria é pacífica ao afirmar que os pais respondem pelos atos ilícitos praticados por seus filhos menores, mesmo quando estes não se encontrem imediatamente sob a sua vigilância. Isso porque, o poder familiar não se circunscreve às situações em que o menor está, diretamente, na companhia dos pais, bastando que esteja sob sua autoridade legal.

O poder-dever exercido pelos pais sobre o filho menor implica, inclusive para o genitor que não detém a sua guarda, a responsabilidade pelos atos ilícitos praticados, porque esta se assenta em presunção de culpa. **De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, este é o entendimento que melhor harmoniza ao Código Civil, ao apreciar-se os artigos 932, 933 e 942 do referido diploma legal, em relação ao que estabelece o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo transcritos: [...]**

O fato de ter deixado o filho menor na casa de terceiro, não exime o genitor de responder pelos atos praticados pelo primeiro, haja vista ser seu dever a criação e a educação do filho, dever este decorrente do seu poder familiar. Somente em situação excepcionalíssima, desde que cabalmente comprovado que o poder familiar esteja sofrendo séria ruptura, poderia ser aventada a ausência de legitimidade do pai; não é o caso dos autos. [...]

No caso em exame, resta claro o poder familiar sobre o menor B., pelo Agravante, exercendo influência e autoridade sobre o seu filho e, portanto, demonstrando pertinente a incidência de sua responsabilidade, justamente por não estar na companhia direta de seus pais no momento dos fatos, por obedecer aos ensinamentos destes. [...] Portanto, afasta-se a prefacial de ilegitimidade passiva ad causam do Agravante (SANTA CATARINA, 2014).

O mesmo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, também sob vista do CC/2002, assentou o entendimento até então esposado. Em declaração de voto-vista, no entanto, o Des. José Volpato de Souza eximiu os pais da responsabilidade, pois considerou que, no caso concreto, tratava-se de dever exclusivo da escola o dever de vigilância. De qualquer modo, o acórdão restou assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS - VIOLÊNCIA FÍSICA PRATICADA POR MENOR NO INTERIOR DE INSTITUIÇÃO OFICIAL DE ENSINO - ESTUDANTE ATINGIDA POR PEDRA ARREMESSADA POR OUTRO ALUNO - PERDA PARCIAL DA VISÃO DO OLHO DIREITO - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE PRESERVAR A INTEGRIDADE FÍSICA DOS ESTUDANTES ENQUANTO PERMANECEM NAS DEPENDÊNCIAS DA ESCOLA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS PAIS DO MENOR - AGRAVO NÃO PROVIDO - HÁ VOTO VENCIDO. Não se discute que o Estado tem o dever de preservar a

integridade física dos alunos enquanto permanecerem nas dependências do estabelecimento oficial de ensino. **Todavia, o pai do aluno, menor absolutamente incapaz, também responde solidariamente pela reparação civil decorrente de danos causados por ele, motivo pelo qual pode, juntamente com o Estado de Santa Catarina, integrar o polo passivo da ação indenizatória, em litisconsórcio facultativo** (SANTA CATARINA, 2011).

Em sentido diferente ao dos dois acórdãos supracitados e igual ao voto-vista do Des. José Volpato de Souza no acórdão anterior, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a solidariedade dos pais cessa temporariamente com a entrega do filho aos cuidados de estabelecimento de ensino⁸⁴. É o que se observa nas razões de decidir da Apelação Cível n. 0007209-23.2005.8.26.0009, conforme fragmento a seguir transcrito:

Lado outro, emerge cristalina a ilegitimidade passiva dos apelados Cleide e Ítalo. Deveras, **tendo ambos entregue o filho aos cuidados do apelado Educandário, cessou-lhes, ainda que temporariamente, a guarda sobre o incapaz, a desarmonizar da parte final do inciso I do art. 932 do Código Civil.**

Importante anotar que a responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores se funda no risco. Esse é o fundamento do dispositivo acima indicado, que cuida da responsabilidade solidária, para os pais, pelos danos causados por seus filhos menores. E tal se dá por força de que, tratando-se de menor que ainda não adquiriu a noção do bem e do mal com suficiente exatidão, portanto, sem aquela energia volitiva necessária à caracterização da culpa, a responsabilidade paternal assenta-se na omissão do dever de vigilância, que será, ao mesmo tempo, *in vigilando* e *in omittendo*, daí porque se pode concluir que os pais são responsáveis pela reparação civil dos causados pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. [...]

Atente-se que situação retratada tem a ver com os fatos que se passaram no interior do apelado Educandário, em cuja sede os apelados Cleide e Ítalo não detêm poder algum de vigilância ou de interferência de ordem qualquer. Uma vez feita a entrega do apelado Élcio aos cuidados do apelado Educandário, a ele operou-se a transferência da guarda, de quem se poderá extrair a responsabilidade pelos danos advindos.

Dessa feita, somente desta - e do apelado Élcio - é que se poderia perquirir a culpa pelo episódio ocorrido; jamais, porém, dos apelados Cleide e Ítalo. (s/grifos no original) (SÃO PAULO, 2014c).

É importante notar que a cessação da responsabilidade dos pais se deu pela transferência temporária da guarda ao estabelecimento de ensino ou ao empregador. Como se observou, esse entendimento não é pacífico, variando de acordo com o caso concreto.

⁸⁴ Com a mesma linha de raciocínio encontrou-se um julgado da Justiça Federal, no qual o magistrado considerou que os representantes não podem exercer o dever de vigilância quando o incapaz está no ambiente de trabalho, situação em que o empregador se torna temporariamente responsável pelos atos do aprendiz (BRASIL, 2015h).

De certo, inexistente previsão legal no sentido de persistência ou não da responsabilidade dos pais quando da transferência temporária da guarda para o estabelecimento de ensino ou de trabalho. Contudo, considerando o que foi estudado, é coerente concluir que o simples afastamento temporário do filho não retiraria a responsabilidade dos pais, pois estes, além de responderem objetivamente pelos atos dos filhos menores, também estariam infringindo o dever de educação do filho (se bem instruído, não haveria de cometer dano injusto).

Desse modo, não se trataria de discutir a infração ao dever de vigilância, este momentaneamente impossibilitado pela transferência da guarda. Com isso, a adição da escola ou do empregador no polo passivo (sem a exclusão dos representantes) é medida mais coesa com a proteção buscada pelo diploma civil. De fato, o próprio art. 942, do CC/2002, poderia ser interpretado de modo a sustentar a solidariedade entre escola e representantes⁸⁵.

Em suma, é possível perceber que a jurisprudência pátria possui entendimento majoritariamente voltado à consideração de que a mera separação do casal com a exclusividade de guarda a um dos genitores não exonera por si só a responsabilidade de ambos os representantes em relação aos atos ilícitos praticados por seus filhos menores. Nessa linha, viu-se inclusive que há decisões que mantêm o dever de vigilância dos pais inclusive quando seus filhos estão em estabelecimento de ensino, responsabilizando-os por seus atos (embora também existam julgados em sentido contrário).

Fato é que os Tribunais preconizam que, para se exonerar da responsabilidade de indenizar os danos, o genitor deve demonstrar que não exerce qualquer poder diretivo sobre o filho menor, isto é, que não exerce poder familiar sobre o infante, pouco importando se detém a companhia do incapaz, conceito este que pode ser relativizado.

Nessa senda, percebe-se que é a subsistência do poder diretivo o elemento considerado pelos Tribunais a fim de que se possa caracterizar a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores e não a guarda em seu sentido absoluto, fato que aproxima o tratamento da guarda com o entendimento também estabelecido para os casos de emancipação.

⁸⁵ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932 (BRASIL, 2016c).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente trabalho foi a de confrontar os estudos doutrinários e os entendimentos jurisprudenciais desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais a fim de que se pudesse delinear o trajeto (e, por fim, o atual estado) da matéria concernente à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores.

No capítulo 1, discutiu-se acerca de tópicos gerais de ambos os Códigos Civis, introduzindo-se os primeiros conceitos da responsabilidade civil por fato de terceiro e delimitando-se as hipóteses de incidência dessa excepcional modalidade reparatória.

No capítulo 2, buscou-se retratar os entendimentos doutrinários acerca da responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos menores, iniciando pela análise das disposições do Código Civil de 1916. Ali, percebeu-se a importância da discussão do elemento subjetivo na caracterização de tal modalidade de responsabilidade, já que a culpa era o grande elemento que fundamentava o instituto.

Ainda no capítulo 2, detalhou-se o estado atual da doutrina segundo as disposições do Código Civil de 2002, tendo como principal objetivo traçar os aspectos gerais da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores e ressaltar tanto as modificações quanto as controvérsias trazidas pelo diploma civil mais recente. No final do capítulo, foi feito um breve comparativo entre os Códigos Civis brasileiros delineando-se as principais semelhanças e diferenças entre ambos.

No capítulo 3, a meta incluía a compilação de decisões significativas acerca de toda a matéria com o intuito de verificar não somente se haveria harmonia com a doutrina, como também de desenhar o atual estado da disciplina.

Para tanto, levantaram-se os tópicos mais controvertidos acerca da matéria, quais sejam a mudança do paradigma fundamentador da responsabilidade civil por fato de terceiro, o tratamento jurisprudencial da emancipação e da guarda acerca da disciplina e, adicionalmente, a possibilidade de responsabilização dos pais por atos dos filhos maiores economicamente dependentes. A análise foi feita tomando-se como base as decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Sul.

Quanto à mudança de fundamentação da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, antes subjetiva com presunção de culpa dos pais e atualmente objetiva por adoção do risco-dependência, pode-se dizer que a jurisprudência assimilou a troca legislativa de maneira pacífica, sem opor controvérsias no ponto.

Aliás, até mesmo porque os Tribunais dificilmente aceitavam as defesas dos representantes no sentido de excluir a presunção de culpa, conclui-se que a mudança legislativa teve pouca repercussão prática, sendo significativa apenas no âmbito formal já que, a partir do CC/2002, inexistiu inclusive a possibilidade de discutir a culpa na ação indenizatória.

Nesse ponto, a controvérsia notada foi relativa à solidariedade entre pais e filhos menores. Sob a égide do Código Civil de 1916, concluiu-se que a jurisprudência era amplamente favorável à tese de solidariedade em detrimento à exclusividade da responsabilidade do menor púbere.

Já sob a égide do Código Civil de 2002, eliminada a previsão de equiparação do menor púbere ao maior, surgiu nova celeuma quanto à solidariedade ou subsidiariedade da responsabilidade do incapaz. Nesse tocante, concluiu-se que há sintonia entre doutrina majoritária e jurisprudência, pois ambas sustentam a prevalência da subsidiariedade da responsabilidade do incapaz.

Ademais, tratou-se da extensão da responsabilidade dos pais por atos dos filhos maiores dependentes economicamente, ante a existência de julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina permitindo tal hipótese.

Demonstrou-se que não é coerente estender a responsabilidade dos pais prevista no art. 932, inc. I, do CC/2002, aos atos de seus filhos maiores, especialmente por duas razões: i) inexistiu previsão legal nesse sentido; ii) tratar-se-ia de analogia em situação que somente comporta a aplicação restrita da norma, pois é uma exceção ao regramento geral. Assim, concluiu-se que a responsabilização não poderia ser feita pela aplicação do dispositivo supracitado, pois este requer pressupostos não presentes em tal situação.

Ato contínuo, discutiu-se o tratamento jurisprudencial acerca da emancipação e da guarda. Viu-se que não houve modificação de entendimento mesmo com a entrada em vigor do novo Código, dado que as matérias sofreram poucas alterações no que tange a sua relação com a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores.

Quanto à emancipação, concluiu-se que a jurisprudência é favorável ao sentido de que a emancipação legal exonera os pais do dever de indenizar, porém quando voluntária, a regra é que a emancipação não produz efeitos quanto à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos. Para que haja exoneração da responsabilidade, é imprescindível a prova da ausência de poder diretivo dos pais em relação ao incapaz, sendo demonstrada sobretudo com a independência econômica deste.

Assim, para os Tribunais - amparados pela maior parte da doutrina -, pode-se dizer que vige a regra de que a emancipação voluntária não perfaz a exoneração da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, sendo possível, no entanto, a prova em sentido contrário materializada pela independência econômica e diretiva do emancipado (e ausência de culpa se no CC/1916). Nesse sentido, viu-se que há jurisprudência que requer tal prova mesmo nos casos de emancipação legal.

Por fim, demonstrou-se o tratamento jurisprudencial acerca da guarda. Concluiu-se que a jurisprudência segue a doutrina majoritária, sendo ambas no sentido de que a mera separação dos pais não enseja a exoneração da responsabilidade dos genitores pelos atos dos filhos menores. Inferiu-se que, assim como no caso da emancipação, para produzir efeitos liberatórios, precisa o representante demonstrar a ausência de poder diretivo sobre o menor, não sendo suficiente a mera alegação de que não detém a guarda e a companhia ininterrupta da criança.

Considerando as conclusões obtidas, é possível inferir que doutrina majoritária e jurisprudência convergem em sintonia em praticamente todos os aspectos relacionados à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores.

Além disso, considerando apenas a lei em um primeiro momento, infere-se que o Código Civil de 2002 ampliou a proteção à vítima de danos causados por menores, pois cumulativamente: a) diminuiu a idade para aquisição da maioridade civil; b) possibilitou a responsabilização do absolutamente incapaz; c) modificou o fundamento da responsabilidade dos representantes para objetivo; d) manteve os compromissos familiares derivados do poder familiar.

No entanto, o texto normativo não se limitou ao amparo à vítima, preocupando-se de maneira sensível com o desenvolvimento digno do incapaz, vez que este somente responderá de maneira subsidiária e mitigada pela equidade se o pagamento da indenização não for encargo que lhe prive do necessário.

Em suma, em termos de texto legal, a proteção primordial é dada à vítima, podendo o incapaz ser acobertado pela mitigação ou isenção do pagamento se este significar o resguardo de seu sustento ou dos que dele dependam.

Nessa senda, as conclusões retiradas do presente estudo permitem inferir que a legislação dita limitações, mas confere exclusivamente ao magistrado o encargo de sopesar dois dos valores mais caros ao ordenamento brasileiro, quais sejam a proteção da vítima de danos injustos (lesão a direito) e o resguardo dos interesses dos desprovidos de discernimento de modo especial.

Assim, em um segundo momento, agora levando em consideração a análise jurisprudencial realizada, infere-se que as decisões priorizam a proteção da vítima pela instrumentalização de maior rigidez para aceitar a exoneração dos representantes. Como se percebeu, são os pais que precisam demonstrar a sua boa-fé na emancipação e também são eles os responsáveis pela comprovação de que não exercem qualquer poder de direção sobre seus filhos para que lhes seja relegada a exoneração no dever de indenizar.

Nesse ponto, viu-se que existem decisões que chegam ao ponto de não admitir a exoneração dos representantes mesmo ante hipóteses de emancipação legal (tratando-a como se voluntária fosse) e também julgados em que os pais são considerados solidários com os estabelecimentos de ensino quando da transferência temporária da guarda. Além do mais, notou-se que há hipótese em que a jurisprudência considerou até mesmo os pais de filhos maiores como responsáveis pelos atos destes.

Ademais, é importante notar que também houve significativo sacrifício dos meios de defesa dos representantes por via legal, os quais não possuem nem mesmo a alegação de ausência de culpa para que possam se exonerar do dever de indenizar.

Não bastasse isso, ainda que exonerados os representantes, o incapaz somente se verá livre da indenização caso fique comprovado que o pagamento da indenização reduza o indivíduo (ou a quem dele dependa) a um estado de penúria.

Assim, conclui-se que o sistema adotado pelo CC/2002 e interpretado pela jurisprudência, em relação ao CC/1916, é muito mais favorável às vítimas dos danos causados pelos menores, que agora, além de contar com Tribunais ávidos à sua proteção, podem até mesmo adentrar ao patrimônio dos absolutamente incapazes.

Por derradeiro, infere-se que o presente estudo trouxe interessante contribuição à disciplina da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, compilando

importantes informações acerca dos principais pontos controversos e tornando possível traçar o atual estado de tratamento doutrinário e jurisprudencial da matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 267, DE 2007. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=438647&filenam e=PL+276/2007>. Acesso em dez. de 2015a.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em fev. de 2016a.

_____. Conselho de Justiça Federal. Enunciados da I Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 39. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/701>>. Acesso em dez. de 2015b.

_____. Conselho de Justiça Federal. Enunciados da I Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 40. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/702>>. Acesso em dez. de 2015c.

_____. Conselho de Justiça Federal. Enunciados da I Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 41. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/710>>. Acesso em dez. de 2015d.

_____. Conselho de Justiça Federal. Enunciados da V Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 450. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/381>>. Acesso em dez. de 2015e.

_____. Conselho de Justiça Federal. Enunciados da V Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 451. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/385>>. Acesso em dez. de 2015f.

_____. Conselho de Justiça Federal. Enunciados da V Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 590. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/840>>. Acesso em dez. de 2015g.

_____. Justiça Federal do Paraná. AÇÃO CONDENATÓRIA N. 2006.70.05.003743-6/PR, Cascavel/PR, Juíza Federal Vanessa de Lazzari Hoffmann. Julgado em 16 de jan. de 2008. Disponível em <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=2298491&DocComposto=&Sequencia=&hash=b8dd3c1b04eb20ffaeef2502f1e9c609>. Acesso em dez. 2015h.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em fev. 2016b.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em fev. de 2016c.

_____. Leis de assistência e proteção a menores. Consolidação. Decreto n. 17.943-A, de outubro de 1927. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em jun. de 2016d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. História do Tribunal. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Conhe%C3%A7a-o-STJ/Hist%C3%B3ria>. Acesso em dez. de 2015i.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 13.403/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, DF, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 06 de dez. de 1994. Publicado no Diário da Justiça em 20 de fev. de 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 99.834/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, Brasília, DF, Terceira Turma. Julgado em 10 de jun. de 1996. Publicado no Diário da Justiça em 05 de ago. de 1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 116.828/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, Quarta Turma. Julgado em 27 de maio de 1997. Publicado no Diário da Justiça em 24 de nov. de 1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 122.573/PR, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Brasília, DF, julgado em 23 de jun. de 1998, Diário da Justiça eletrônico de 18 de dez. de 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 145.358/MG, da Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 29 de out. de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 01 de mar. de 1999a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 146.994/PR, rel. Min. Nílson Naves, Brasília, DF, Terceira Turma. Julgado em 16 de mar. de 1999. Publicado no Diário da Justiça em 01 de jul. de 1999b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 94.643/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, Brasília, DF, Terceira Turma. Julgado em 26 de jun. de 2000. Publicado no Diário da Justiça em 11 de set. de 2000a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 246.781/AC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DF, Terceira Turma. Julgado em 26 de out. de 2000. Publicado no Diário da Justiça em 11 de dez. de 2000b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 299.048/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, DF, Quarta Turma. Julgado em 21 de jun. de 2001. Publicado no Diário da Justiça 04 de set. de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 392.099/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, DF, Quarta Turma. Julgado em 07 de mar. de 2002. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 15 de abr. de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 466.902/RS, rel^a. Min^a. Nancy Andrichi, Brasília, DF, Terceira Turma. Julgado em 25 de fev. de 2003. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 31 de mar. de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 540.459/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DF, Terceira Turma. Julgado em 18 de dez. de 2003. Publicado no Diário da Justiça em 22 de mar. de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.074.937/MA, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 01 de out. de 2009. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 19 de out. de 2009a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 777.327/RS, rel. Min. Massami Uyeda, Brasília, DF, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 17 de nov. de 2009. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 01 de dez. de 2009b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.012.576/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, Quarta Turma. Julgado em 22 de fev. de 2010. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05 de mar. de 2010a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 764.488/MT, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Brasília, DF, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 18 de maio de 2010. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05 de ago. de 2010b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.146.665/PR, rel. Min. Massami Uyeda, Brasília, DF, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 22 de nov. de 2011. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 12 de dez. de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 220.930/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, DF, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 09 de out. de 2012. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 29 de out. de 2012a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agrado de Instrumento n. 1.239.557/RJ, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel^a. Min^a Isabel Gallotti, Brasília, DF, julgado em 09 de out. de 2012, Diário da Justiça Eletrônico de 17 de dez. de 2012b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.319.626/MG, rel^a. Min^a Nancy Andrichi, Brasília, DF, Terceira Turma. Julgado em 26 de fev. de 2013. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05 de mar. de 2013a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.135.988/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, Quarta Turma. Julgado em 17 de out. de 2013. Publicado no Diário da Justiça eletrônico de 17 de out. de 2013b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 471.411/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, DF, Terceira Turma. Julgado em 13 de maio de 2014. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 20 de maio de 2014a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 127.450/RJ, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Brasília, DF, Quarta Turma. Julgado em 10 de out. de 2014. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 04 de nov. de 2014b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 336.907/SC, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, julgado em 23 de set. de 2015, Diário da Justiça eletrônico de 25 de set. de 2015j.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.372.548/SC, da Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi. Julgado em 03 de nov. de 2015. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 04 de nov. de 2015k.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 25.107/MG, rel. Min. Ribeiro da Costa, Rio de Janeiro, RJ, Primeira Turma. Julgado em 14 de jun. de 1954. Publicado no Diário da Justiça de 16 de set. de 1954.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 36.124/CE, rel. Min. Candido Motta Filho, Rio de Janeiro, RJ, Primeira Turma. Julgado em 12 de dez. de 1957. Publicado no Diário da Justiça de 29 de maio de 1958.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10. Ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: parte geral. Vol 1. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. Vol. IV. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB. Vol 1. 10. Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre: HS Editora, n. 33. out./dez. 2015.

LIMA, Alvino. A responsabilidade civil pelo fato de outrem. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2.0000.00.338168-4/000, rel. Des. Maciel Pereira, Belo Horizonte, MG, Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada. Julgamento em 16 de ago. de 2001. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 04 de set. de 2001.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2.0000.00.486072-2/000, rel. Des. Elpídio Donizetti, Belo Horizonte, MG, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada. Julgamento em 05 de maio de 2005. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 31 de maio de 2005.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível n. 1.0105.01.041144-2/001, rel. Des. Renato Martins Jacob, Belo Horizonte, MG, Décima Quarta Câmara Cível. Julgado em 28 de ago. de 2008. Publicado no Diário da Justiça eletrônica em 03 de out. de 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.05.822502-0/001, rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, Belo Horizonte, MG, Décima Sexta Câmara Cível. Julgado em 29 de fev. de 2012. Publicado no Diário da Justiça eletrônica em 09 de mar. de 2012a.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0647.07.072969-2/001, rel. Des. Caetano Levi Lopes, Belo Horizonte, MG, Segunda Câmara Cível. Julgado em 03 de abr. de 2012. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 20 de abr. de 2012b.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

QUERINO, Gabriela Pereira. A possibilidade de responsabilizar os pais pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos capazes economicamente dependentes. Florianópolis, 2015. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70001121615, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, Porto Alegre, RS, Décima Câmara Cível. Julgado em 19 de out. de 2000. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 08 de nov. de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70004562963, rel. Des. Ana Beatriz Iser, Porto Alegre, RS, Segunda Câmara Especial Cível. Julgado em 11 de nov. de 2002. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 13 de fev. de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de declaração n. 70012994380, rel. Des. Odone Sanguiné, Porto Alegre, RS, Nona Câmara Cível. Julgado em 14 de dez. de 2005. Publicado no Diário da Justiça em 10 de jan. de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70048016372, rel. Des. Mário Crespo Brum, Porto Alegre, RS, Décima Segunda Câmara Cível. Julgado em 03 de maio de 2012. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 07 de maio de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70051260271, rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Porto Alegre, RS, Décima Primeira Câmara Cível. Julgado em 02 de out. de 2013. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 08 de out. de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70042636613, rel. Des. Miguel Angelo da Silva, Porto Alegre, RS, Nona Câmara Cível, rel. Des. Miguel Angelo da

Silva. Julgado em 27 de maio de 2015. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 12 de ago. de 2015a.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70063477533, rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Porto Alegre, RS, Décima Primeira Câmara Cível. Julgado em 19 de ago. de 2015. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 25 de ago. de 2015b.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 599049939, rel.^a Des.^a Ana Maria Nedel Scalzilli, Porto Alegre, RS, Segunda Câmara de Férias Cível. Julgado em 11 de maio de 1999. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=599049939&num_processo=599049939&codEmenta=171272&temIntTeor=false>. Acesso em nov. de 2015c.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. v. 4. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2000.023153-3, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Florianópolis, SC, Segunda Câmara de Direito Civil. Julgado em 13 de nov. de 2003. Publicado no Diário da Justiça em 07 de jan. de 2004.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2004.035164-8, rel.^a Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Florianópolis, SC, Primeira Câmara de Direito Civil. Julgado em 17 de maio de 2005. Publicado no Diário da Justiça em 28 de jun. de 2005a.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2005.009216-3, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Florianópolis, SC, Terceira Câmara de Direito Civil. Julgado em 26 de ago. de 2005. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 14 de set. de 2005b.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2005.009217-0, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Florianópolis, SC, Terceira Câmara de Direito Civil. Julgado em 26 de ago. de 2005. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 09 de dez. de 2005c.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2006.006306-2, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Florianópolis, SC, Primeira Câmara de Direito Civil. Julgado em 16 de nov. de 2010. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 01 de dez. de 2010.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2010.072543-3, rel. Des. Jaime Ramos, Florianópolis, SC, Quarta Câmara de Direito Civil. Julgado em 06 de jun. de 2011. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 14 de jun. de 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2008.013016-3, rel.^a Min.^a Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Primeira Câmara de Direito Civil. Julgado em 06 de mar. de 2012. Publicado no diário da Justiça Eletrônico em 27 de mar. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2012.028480-9, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Florianópolis, SC, Segunda Câmara de Direito Civil. Julgado em 06 de fev. de 2014. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 21 de fev. de 2014.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2011.038891-5, rel. Des. Rodolfo Tridapalli, Florianópolis, SC, Segunda Câmara de Direito Público. Julgado em 28 de abr. de 2015. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 12 de maio de 2015a.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.055319-2, rel.^a Des.^a Denise Volpato, Florianópolis, SC, Sexta Câmara de Direito Civil. Julgado em 01 de set. de 2015. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 09 de set. de 2015b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0054549-87.2005.8.26.0000, 32ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rocha de Souza. Julgado em 01 de set. de 2005. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 06 de set. de 2005.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível n. 9146988-61.2005.8.26.0000, rel. Des. Luiz Eurico, São Paulo, SP, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em 13 de dez. de 2010. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 21 de dez. de 2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo Apelação Cível n. 0020857-40.2005.8.26.0019, rel. Des. Vanderci Alvares, São Paulo, SP, Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado. Julgado em 19 de set. de 2013. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 20 de set. de 2013a.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0009775-59.2009.8.26.0637, rel. Des. Fábio Podestá, São Paulo, SP, Quinta Câmara de Direito Privado. Julgado em 04 de dez. de 2013. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 09 de dez. de 2013b.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0005571-40.2009.8.26.0291, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, São Paulo, SP, Décima Câmara de Direito Privado. Julgado em 30 de abr. de 2013. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 03 de maio de 2014a.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível n. 0003801-51.2013.8.26.0071, rel.^a Des.^a Maria de Lourdes Lopez Gil, São Paulo, SP, Trigésima Sexta Câmara de Direito Privado. Julgado em 05 de jun. de 2014. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05 de jun. de 2014b.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0007209-23.2005.8.26.0009, rel. Des. Beretta da Silveira, São Paulo, SP, Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em 12 de ago. de 2014. Publicado no Diário da Justiça eletrônica em 14 de ago. de 2014c.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0011119-81.2010.8.26.0268, rel. Des. Cesar Ciampolini, São Paulo, SP, Décima Câmara de Direito Privado. Julgado em 16 de dez. de 2014. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 19 de dez. de 2014d.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0003576-07.2010.8.26.0404, rel. Des. Francisco Loureiro, São Paulo, SP, Sexta Câmara de Direito Privado. Julgado em 26 de fev. de 2015. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 27 de fev. de 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil do incapaz. São Paulo: Atlas, 2008.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.